

Privremena verzija

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA

MANUELA CAMPOSA SÁNCHEZ-BORDONE

od 25. listopada 2017.(1)

Spojeni predmeti C-398/16 i C-399/16

X BV (C-398/16),

X NV (C-399/16)

protiv

Staatssecretaris van Financiën

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Hoge Raad der Nederlanden (Vrhovni sud Nizozemske))

„Prethodni postupak – Porez na dobit – Sloboda poslovnog nastana – Odbitak kamata na zajam za stjecanje udjela u nerezidentnom društvu k?eri koji izvršava rezidentno mati?no društvo – Odbitak smanjenja vrijednosti udjela u nerezidentnom društvu k?eri zbog te?ajnih razlika koji izvršava rezidentno društvo majka – Koncern”

1. Sud se u mnogim prilikama izjašnjavao o zakonodavstvu država ?lanica u vezi s porezom koji se primjenjuje na dobit trgova?kih društava u slu?aju grupa koje ?ine mati?no društvo i njegova društva k?eri(2).
2. Konkretno, nizozemska porezna pravila u vezi s koncernima trgova?kih društava analizirana su u barem dvije prethodne presude(3). U skladu s tim pravilima, na grupu se primjenjuje sustav porezne konsolidacije samo ako su sva društva koja ju ?ine nizozemski rezidenti, što zna?i isklju?ivanje nerezidentnih društava k?eri.
3. Sud je u presudi X Holding(4) u biti priznao da je to nizozemsko zakonodavstvo u skladu s pravom Unije (konkretno, s odredbama UFEU-a o slobodi poslovnog nastana). Tada je prihvatio da je isklju?ivanje nerezidentnih društava u okviru tog sustava konsolidacije opravdano potrebom o?uvanja raspodjele ovlasti oporezivanja izme?u država ?lanica.
4. Me?utim, doseg presude X Holding preciziran je tek kasnije, u presudi od 2. rujna 2015., Groupe Steria(5), isticanjem da se iz nje ne može zaklju?iti „da je svaka razlika u postupanju prema društvima koja pripadaju koncernu, s jedne strane, i društvima koja ne pripadaju takvom koncernu, s druge strane, u skladu s ?lankom 49. UFEU-a”(6). Sud je dodao da se opravdanje iz

presude X Holding isključivo odnosilo na pravila nizozemskog sustava koja omogućavaju prijenos gubitaka unutar koncerna(7).

5. Pitanjima koja je uputio u okviru ovih dvaju zahtjeva za prethodnu odluku sud *a quo* zapravo želi da se pojašni sudska praksa u tom području. To mu je pojašnjenje potrebno kako bi ocijenio je li s pravom Unije spojiv nizozemski sustav porezne konsolidacije, u skladu s kojim se određene stavke financijskih troškova mogu odbiti na računima društva majke ako je njegovo društvo kći rezidentno, ali ne ako je društvo kći nerezidentno.

6. **Nizozemsko pravo predviđa da se troškovi (kamata) koje društvo snosi po dobivanju sredstava od drugog subjekta grupe ne mogu odbiti, osim ako su društvo majka i društvo kći uspostavili shemu porezne konsolidacije, koja je otvorena samo rezidentnim društvima. Predmet C-398/16 odnosi se na to nacionalno pravilo.**

7. **Isti se kriterij primjenjuje na kapitalne dobitke i gubitke (uključujući one koji proizlaze iz gubitaka zbog tečajnih razlika stranih valuta), koji se ne uzimaju u obzir prilikom utvrđivanja dobiti. Stoga se gubitak zbog tečajne razlike koji proizlazi iz prikazanog udjela društva majke u svojem društvu kćeri ne može odbiti, osim ako, ponovno, oba društva nisu dio koncerna koji je otvoren samo rezidentnim društvima. U predmetu C-399/16 primijenjeno je upravo to pravilo.**

I. Pravni okvir

A. Pravo Unije

8. Članak 49. UFEU-a propisuje sljedeće:

„U okviru niže navedenih odredaba, ograničavanje slobode poslovnog nastana državljana jedne države članice na državnom području druge države članice zabranjuje se. Ta se zabrana odnosi i na ograničavanje osnivanja zastupništava, podružnica ili društava kćeri od strane državljana bilo koje države članice s poslovnim nastanom na državnom području bilo koje druge države članice.

Sloboda poslovnog nastana uključuje pravo pokretanja i obavljanja djelatnosti kao samozaposlene osobe te pravo osnivanja i upravljanja poduzećima, osobito trgovačkim društvima u smislu drugog stavka članka 54., sukladno uvjetima koje pravo zemlje u kojoj se taj poslovni nastan ostvaruje utvrđuje za svoje državljane, a podložno odredbama poglavlja koje se odnosi na kapital.”

9. U skladu s člankom 54. UFEU-a:

„Za potrebe ovog poglavlja, trgovačka društva osnovana sukladno pravu neke države članice, a čije se registrirano sjedište, središnja uprava ili glavno mjesto poslovanja nalazi unutar Unije, tretiraju se na isti način kao i fizičke osobe koje su državljani država članica.

Pojam „trgovačka društva” znači trgovačka društva koja su osnovana na temelju pravila građanskog ili trgovačkog prava, uključujući i zadruga te ostale pravne osobe uređene javnim ili privatnim pravom, osim onih koje su neprofitne.”

B. Nizozemsko pravo

Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Zakon o porezu na dobit iz 1969.; u daljnjem tekstu: Zakon iz 1969.)

10. U skladu s člankom 10.a stavkom 2.:

„Prilikom utvrđivanja dobiti ne odbijaju se kamate obračunate na dugove povezanih subjekata, pod uvjetom da su dugovi povezani sa stjecanjem [...] udjela u tom povezanom subjektu, osim ako je potrebna izmjena u ukupnom udjelu ili ukupnom nadzoru tog subjekta”.

11. U skladu s člankom 10.a stavkom 3., stavak 2. ne primjenjuje se ako porezni obveznik dokaže da su zajam i pravni posao s kojima ga se povezuje nedvojbeno utemeljeni na gospodarskim razlozima.

12. U skladu s člankom 13. stavkom 1., za utvrđivanje dobiti u obzir se ne uzimaju prihodi proizašli iz udjela ni troškovi nastali uslijed stjecanja ili prijenosa tih udjela („iznimka udjela”).

13. Članak 15. utvrđuje sljedeće:

„1. Za slučaj da porezni obveznik (društvo majka) pravno i gospodarski ima u vlasništvu najmanje 95 % udjela u uplaćenom nominalnom kapitalu drugog poreznog obveznika (društva kćeri), na zahtjev obaju poreznih obveznika oni se oporezuju kao da su jedan porezni obveznik, odnosno kao da su djelatnosti i imovina društva kćeri dio djelatnosti i imovine društva majke. Plaćanje poreza obveza je društva majke. Oba se porezna obveznika zajedno smatraju poreznom jedinicom. Više društava kćeri može formirati jednu poreznu jedinicu.

[...]

3. Prvi stavak primjenjuje se samo u slučaju:

[...]

b. da se na oba porezna obveznika primjenjuje isti propis za potrebe obračuna dobiti;

c. da oba porezna obveznika imaju poslovni nastan u Nizozemskoj [...]”.

II. Zanimljive u postupcima i prethodna pitanja

A. Predmet C-398/16

14. Nizozemsko društvo(8) X BV dio je švedskog koncerna, kojem pripada i jedno talijansko društvo. Kako bi kupio udjele u potonjem društvu koje je držala treća strana, X BV je osnovao drugo društvo u Italiji, u koje je unio kapital u iznosu od 237 312 000 eura. Ta je uplata financirana putem zajma (s kamatama) koji je švedsko društvo iz istog poslovnog koncerna odobrilo društvu X BV.

15. Kao posljedica tog zajma, društvo X BV švedskom je društvu zajmodavcu 2004. dugovalo iznos od 6 503 261 eura na ime kamata. U svojoj prijavi poreza na dobit iz 2004., X BV je taj iznos odbio kao rashod koji se može izuzeti od njegovih prihoda. Međutim, nizozemska porezna uprava nije prihvatila taj odbitak, pozivajući se na članak 10.a stavak 2. točku (b) Zakona iz 1969., te mu je naložila plaćanje poreza o kojem je riječ u sporu.

16. X BV je u tužbi koju je podnio protiv tog mišljenja tvrdio da bi kamate na zajam bilo moguće odbiti da mu se dopustilo da sa svojim društvom kćeri osnuje jedinstveni porezni subjekt. Budući da nizozemsko pravo tu mogućnost predviđa samo za rezidentna društva, X BV tvrdi da mu je ograničena sloboda poslovnog nastana, što je protivno člancima 49. i 54. UFEU-a.

17. Hoge Raad der Nederlanden (Vrhovni sud Nizozemske), kojem je predmet upućen u žalbenom postupku, Sudu je uputio sljedeće prethodno pitanje:

„Trebali li članke 43. i 48. UEZ-a (sada 49. i 54. UFEU-a) tumačiti na način da im se protivi nacionalna odredba na temelju koje se društvu majci sa sjedištem u jednoj državi članici uskraćuje odbitak kamata koje se odnose na zajam povezan s ulaganjem u kapital društva koji sa sjedištem u drugoj državi članici, iako bi se taj odbitak mogao iskoristiti ako bi navedeno društvo bilo uključeno u poreznu jedinicu – s obilježjima nizozemske porezne jedinice – s navedenim društvom majkom jer tada zbog konsolidacije ne bi bila općita povezanost s takvim ulaganjem u kapital?”

B. *Predmet C-399/16*

18. Nizozemsko društvo X NV dio je grupe trgovačkih društava koja, među ostalim i u okviru sustava porezne jedinice, obuhvaća društvo koje A Holdings BV. Potonje je društvo pak imatelj svih udjela u britanskom društvu A Holdings UK.

19. A Holdings BV je 11. studenoga 2008. prenio svoje udjele u A Holdingsu UK na svoje britansko društvo koje C(9).

20. U svojim prijavama poreza na dobit za poslovne godine 2008. i 2009. X NV je kao izdatak želio odbiti gubitak u svojim udjelima nastao zbog tečajnih razlika. Nizozemska porezna uprava nije prihvatila taj odbitak, u skladu s člankom 13. stavkom 1. Zakona iz 1969.(10)

21. X NV je podnio tužbu protiv upravne odluke navodeći da bi bio mogao odbiti gubitak nastao zbog tečajne razlike da mu je bilo dopušteno osnovati koncern sa svojim britanskim društvom koje. Budući da nizozemsko pravo tu mogućnost predviđa samo za rezidentna društva, smatra da mu je ograničeno izvršavanje slobode poslovnog nastana.

22. Hoge Raad der Nederlanden (Vrhovni sud Nizozemske), koji o predmetu odlučuje u žalbenom postupku, Sudu je uputio sljedeća prethodna pitanja:

„1. Trebali li članke 43. i 48. UEZ-a (sada 49. i 54. UFEU-a) tumačiti na način da im se protivi nacionalna odredba na temelju koje društvo majka sa sjedištem u jednoj državi članici u pogledu iznosa koji je uložilo u društvo koje sa sjedištem u drugoj državi članici ne može uzeti u obzir gubitak po tečajnoj razlici iako bi to moglo učiniti da je navedeno društvo bilo uključeno u poreznu jedinicu – s obilježjima nizozemske porezne jedinice – s navedenim društvom majkom sa sjedištem u prvonavedenoj državi članici kao posljedicom konsolidacije unutar porezne jedinice?

2. U slučaju potvrdnog odgovora na prvo pitanje: može li se ili se prilikom određivanja gubitka po tečajnoj razlici koji treba uzeti u obzir u ovom slučaju mora polaziti od toga da bi i posredna i neposredna društva koje sa sjedištem u Europskoj uniji (jedno ili više) koja dotično društvo majka drži posredno – preko tog društva koje – bila uključena u poreznu jedinicu?

3. U slučaju potvrdnog odgovora na prvo pitanje: treba li u tom slučaju uzeti u obzir jedino gubitak po tečajnoj razlici koji bi se odrazio na uključivanje u poreznu jedinicu društva majke u godinama na koje se spor odnosi ili treba uzeti u obzir i rezultate po tečajnoj razlici koji bi se odrazili na prethodne godine?”

III. Sažetak očitovanja stranaka

A. *Predmet C-398/16*

23. X BV zagovara svoje pravo na odbitak kamata na zajam koji mu je dalo švedsko društvo k?i, koje je dio njegove grupe trgova?kih društava. Odbitak bi mu bio dopušten da je njegovo društvo k?i za potrebe oporezivanja bilo rezidentno u Nizozemskoj i da je s njime ?inilo koncern, što nije mogu?e u skladu s nizozemskim zakonodavstvom. Razli?ito postupanje koje to zakonodavstvo pretpostavlja dovodi do toga da je ulaganje radi osnivanja društava k?eri u drugim državama Unije manje privla?no od onoga u Nizozemskoj.

24. X BV dodaje da bi se to razli?ito postupanje moglo opravdati samo važnim razlogom u op?em interesu, pod uvjetom da ne prekora?uje ono što je nužno za ostvarenje tog cilja.

25. X BV tvrdi, navode?i presudu X Holding, da uskra?ivanje odbitka ne odgovara cilju o?uvanja razmjerne raspodjele ovlasti oporezivanja izme?u država ?lanica jer taj odbitak ne bi doveo do prijenosa porezne osnovice iz jedne države u drugu.

26. X BV navodi da primijenjeno ograni?enje tako?er ne može odgovarati potrebi osiguranja uskla?enosti poreznog sustava koncerna. Tvrdi da Sud(11) to opravdanje prihva?a samo ako postoji izravna veza izme?u dodjele porezne koristi i kompenzacije te koristi odre?enim poreznim nametom. Navodi da u predmetnom slu?aju ne postoji izravna veza (u smislu kompenzacije koristi nametom) izme?u mogu?nosti odbitka kamata na zajam od prihoda koncerna i nedostataka koji se navode u odluci kojom se upu?uje zahtjev za prethodnu odluku(12).

27. X BV zaklju?uje da bi Sud trebao odgovoriti potvrdno na postavljeno pitanje.

28. Komisija smatra da se prema odnosu izme?u nizozemskog društva majke i njegova, tako?er nizozemskog, društva k?eri postupa druk?ije nego prema odnosu koji postoji izme?u tog društva majke i nerezidentnog društva k?eri. ?lanak 10.a Zakona iz 1969. samo u prvom slu?aju dopušta, u okviru koncerna, odbitak kamata na zajam koji je dalo društvo iz grupe, a ?iji se iznos odnosi na ulaganje kapitala u drugo društvo k?er.

29. Komisija pojašnjava da takvo razli?ito postupanje ne proizlazi izravno iz ?lanka 10.a Zakona iz 1969. jer taj Zakon predvi?a odre?ene transakcije me?u povezanim subjektima radi sprje?avanja zloupotreba te se jednako primjenjuje na unutarne i prekograni?ne situacije. Razlika izme?u unutarnjih odnosa i odnosa unutar Zajednice posljedica je sustava oporezivanja koncerna: dok je u prekograni?noj situaciji nemogu?e izbje?i primjenu ?lanka 10.a Zakona iz 1969., to je mogu?e u?initi u situaciji koja je isklju?ivo nacionalna, i to osnivanjem koncerna.

30. Na temelju presude X Holding Komisija navodi da razlika u postupanju treba biti opravdana važnim razlozima u op?em interesu jer je situacija rezidentnog društva majke koje želi uspostaviti poreznu jedinicu s društvom k?eri koje je tako?er rezidentno objektivno usporediva s onom rezidentnog društva majke s nerezidentnim društvom k?eri.

31. S aspekta raspodjele ovlasti oporezivanja izme?u država ?lanica Komisija smatra da ne postoji opravdanje jer se u ovom slu?aju primjenjuje samo ovlast oporezivanja Nizozemske.

32. Kad je rije? o mogu?em utjecaju na uskla?enost nizozemskog poreznog sustava, Komisija smatra da se na nju ne može pozivati jer ne postoji izravan odnos izme?u porezne koristi i njezine kompenzacije odre?enim poreznim nametom(13). Prema njezinu mišljenju, neuskla?enost postoji u samom nizozemskom poreznom sustavu jer, s jedne strane, odredbe protiv zloupotrebe iz ?lanka 10.a Zakona iz 1969. smatra potrebnim primijeniti na unutarne i na prekograni?ne situacije, dok, s druge strane, koncernima koji su isklju?ivo nacionalni dopušta izbjegavanje primjene tih pravila.

33. Nizozemska vlada tvrdi da članak 10.a stavak 2. Zakona iz 1969. sam po sebi nije protivan slobodi poslovnog nastana. U ovom slučaju moguće prepreke proizlaze iz činjenice da rezidentno društvo majka ne može stvoriti jedinstveni porezni subjekt s nerezidentnim društvom kćeri. Međutim, navodi važne razloge u općem interesu koji opravdavaju tu odredbu.

34. Odbitak kamata unutar koncerna proizlazi iz njegove prirode. Zbog konsolidacije ulaganje kapitala između društva majke i društva kćeri nije porezno vidljivo unutar jedinstvenog poreznog subjekta jer se transakcije unutar grupe neutraliziraju. Budući da u okviru sustava koncerna postoji samo jedna imovina koja se pripisuje društvu majci, ulaganje kapitala nije porezno moguće unutar jedinstvenog poreznog subjekta. Stoga, u tom slučaju članak 10.a Zakona iz 1969. nije primjenjiv i odbitak kamata je izravno i neodvojivo povezan s konsolidacijom unutar jedinstvenog poreznog subjekta.

35. Nizozemska vlada zaključuje da se takozvana „usredotočenost na konkretne elemente”, koja je uslijedila nakon presude X Holding, ne primjenjuje na spornu odredbu. Međutim, za slučaj da Sud prihvati taj pristup, razlika u postupanju može se opravdati važnim razlogom u općem interesu: ograničenjem odbitka kamata žele se spriječiti umjetni konstrukti koji nisu utemeljeni na ekonomskim razlozima. Navodi da mogućnost koju poreznom obvezniku pruža članak 10.a stavak 3. Zakona iz 1969., dopuštajući mu da dokaže nepostojanje umjetnog konstrukta, osigurava proporcionalnost mjere.

B. *Predmet C-399/16*

1. Prvo prethodno pitanje

36. Društvo X NV i Komisija navode da se, u nizozemskom pravu, gubitak zbog tečajne razlike do kojeg je došlo u vezi s njegovim udjelima u britanskom društvu kćeri ne može odbiti u prijavi poreza na dobit. Taj bi gubitak bilo moguće odbiti u sustavu porezne konsolidacije da je poslovni nastan društva kćeri bio u Nizozemskoj, što je situacija koja je objektivno usporediva sa situacijom nizozemskog društva koje ima nizozemsko društvo kćer koje svoje djelatnosti obavlja u Ujedinjenoj Kraljevini. Različito postupanje u odnosu na slične situacije predstavlja zapreku slobodi poslovnog nastana.

37. Jedino bi opravdanje za tu razliku u postupanju bilo očitovanje razmjerne raspodjele ovlasti oporezivanja između država članica ili zaštita usklađenosti nizozemskog poreznog sustava.

38. U vezi s prvim opravdanjem, X NV i Komisija smatraju da ovlast oporezivanja Nizozemske u ovom predmetu nije dovedena u pitanje. Gubitak zbog tečajne razlike za nizozemsko društvo u vezi s njegovim udjelom u britanskom društvu kćeri nije vidljiv u poslovnim knjigama potonjeg društva koje se vode u funtama sterlinga.

39. U vezi s drugim (mogućim) opravdanjem, X NV i Komisija podsjećaju da, da bi se zaštita usklađenosti poreznog sustava prihvatila kao opravdanje, treba postojati izravna veza između, s jedne strane, dodjele porezne koristi i, s druge strane, kompenzacije te koristi određenim poreznim nametom. U ovom predmetu ne postoji takva povezanost između koristi (odnosno odbitka gubitka zbog tečajne razlike) i nedostataka koje je naveo sud koji je uputio zahtjev(14).

40. Prema mišljenju nizozemske vlade, X NV želi izbjeći negativnu posljedicu članka 13. Zakona iz 1969. (nemogućnost odbitka razlike zbog tečaja) i, s druge strane, iskoristiti „iznimku udjela”. Ipak, u skladu s nizozemskim pravom, tu ograničenu primjenu „iznimke udjela” ne može iskoristiti društvo majka s rezidentnim društvom kćeri.

41. Nizozemska vlada tvrdi da je Sud u presudama X Holding i Groupe Steria⁽¹⁵⁾ utvrdio da su kompenzacija pojedinačnih dobitaka i gubitaka društava unutar jedinstvenog poreznog subjekta, pripisanih društvu majci, i neutralizacija transakcija unutar grupe nerazdvojno povezani s uspostavom jedinstvenog poreznog subjekta, u okviru kojeg na poreze ne utječe sudjelovanje u drugom društvu koncerna ni prihodi od tog sudjelovanja.

42. Mogućnost osnivanja koncerna ne znači *a priori* poreznu prednost u vezi s rizikom od gubitka zbog tečajne razlike jer, iako nizozemsko zakonodavstvo onemogućava njegov odbitak, također ne uključuje dobit zbog tečajne razlike u okviru porezne osnovice poreza na dobit. Stoga, isključenje gubitaka zbog tečajne razlike za udjele u nerezidentnom društvu koje ne bi predstavljalo zapreku slobodi poslovnog nastana.

43. Osim toga, gubici zbog tečajne razlike ne bi se mogli uzeti u obzir prilikom oporezivanja koncerna, čak i da se ne prihvati primjena „iznimka udjela”. Budući da članbenici povezani s držanjem dionica (kao što su raspodjela dobiti i izmjene u vrijednosti udjela) ne ulaze u konačan rezultat jedinstvenog poreznog subjekta, ne mogu dovesti ni do kakvog odbitka. Stoga, u vezi s gubicima zbog tečajne razlike, ne bi postojala razlika u postupanju prema društvu majci s nerezidentnim društvom koje u odnosu na društvo majku s rezidentnim društvom koje (ako oboje postanu koncern).

2. Drugo i treće prethodno pitanje

44. U vezi s drugim pitanjem, društvo X NV i Komisija napominju da nizozemsko pravo daje slobodu društvu majci da sa svojim rezidentnim društvima koje ima stvori koncern te mu, osim toga, dopušta da odabere s kojim će ga društvima koje ima stvoriti. U odnosu na određene elemente, ne bi trebalo postupati nepovoljnije prema prekograničnim koncernima u odnosu na koncerne koji su u potpunosti nacionalni. Drugim riječima, ako je osnova za usporedbu odbitak gubitka zbog tečajne razlike u vezi s oporezivanjem nacionalnih jedinstvenih poreznih subjekata, ne može se nepovoljnije postupati prema društvu majci s inozemnim društvom koje.

45. U vezi s trećim pitanjem, X NV i Komisija zagovaraju stajalište da društvo koje je tužitelj nije oporezovano nepovoljnije od nacionalnog koncerna koji u jedinstveni porezni subjekt ujedinjuje društvo majku i društva koje.

46. Nizozemska vlada smatra da na drugo i treće pitanje treba odgovoriti na isti način. Ne treba prihvatiti to da društvo majka može odabrati koja će društva i koje će poslovne godine uključiti u prijavu fiktivnog koncerna. Kad bi imalo takvu mogućnost, prijava bi se izvršila naknadno, ovisno o već poznatim podacima, što bi mu omogućilo da u obzir uzme promjene u deviznom tečaju i da odabere („cherry picking”) koje mu društvo koje i poslovnu godinu najviše odgovara uključiti, uz opasnost smanjenja porezne osnovice.

IV. Postupak pred Sudom

47. Tajništvo Suda zaprimilo je odluke o upućivanju zahtjeva za prethodnu odluku 18. srpnja 2016.

48. Odlukom od 9. kolovoza 2016. spojeni su predmeti C-398/16 i C-399/16.

49. Pisana očitovanja podnijeli su X BV, X NV, nizozemska vlada i Europska komisija. Sud je odlučio da raspravu nije potrebno održati.

V. Ocjena

A. Uvodna razmatranja

50. Pitanja koja Sud treba razmotriti u okviru ovog zahtjeva tižu se oporezivanja grupa trgovačkih društava, čiji porezni sustav može imati različite oblike. U skladu s jednim od njih, svaki subjekt koji čini koncern djeluje kao nezavisni porezni obveznik, odnosno oporezuje se za ukupan iznos ostvarenih prihoda, čak i ako neki od tih prihoda proizlazi iz provedbi transakcija sa subjektima iz istog koncerna.

51. Suprotno tomu, druga zakonodavstva koncernima omogućavaju oporezivanje u skladu s posebnim sustavom porezne konsolidacije na način da se porez samo jednom naplaćuje cijelom koncernu, kao ekonomskoj cjelini (konkretno, društvu majci). Taj model podrazumijeva da su transakcije među subjektima unutar koncerna porezno neutralne, odnosno da se ne obračunavaju za utvrđivanje porezne osnovice.

52. U ova dva predmeta pojavljuje se zajednička okolnost da društvo majka, sa sjedištem u Nizozemskoj, navodi da je pretrpjelo novčane gubitke, proizašle iz odnosa sa svojim društvima kćerima, koji se ne mogu odbiti u njegovoj prijavi poreza na dobit jer to onemogućava zakonodavstvo te države članice. Dodaje da bi mu odbitak bio dopušten kad bi mogao stvoriti poreznu jedinicu (koncern) s tim nerezidentnim društvima kćerima.

53. Nizozemsko zakonodavstvo predviđa da grupe trgovačkih društava mogu ulaziti u sustav porezne konsolidacije samo ako se sastoje od društava sa sjedištem u Nizozemskoj. Nerezidentna društva ne mogu pristupiti. Kao što sam već naveo(16), Sud je u presudi X Holding priznao da se gubici društva kćeri bez sjedišta u Nizozemskoj ne trebaju uzeti u obzir za smanjenje porezne osnovice društva majke jer nizozemsko pravo konsolidaciju predviđa samo za rezidentna društva kćeri. Sud je smatrao da je ta razlika u postupanju opravdana zaštitom razmjerne raspodjele ovlasti oporezivanja između država članica.

54. Hoge Raad (Vrhovni sud) presudu X Holding tumačio je na način da članci 43. i 48. UEZ-a ne priznaju samo „posljedicu (predviđenu samo za rezidentna društva), proizašlu iz biti porezne jedinice, da se gubici mogu kompenzirati unutar porezne jedinice, nego i druge razlike u postupanju koje, uslijed obračuna poreza, proizlaze iz konsolidacije”. U svojim presudama „Hoge Raad (Vrhovni sud) poreznim obveznicima nije dopustio da, pozivajući se na slobodu poslovnog nastana, prema vlastitom nahođenju ostvaruju pogodnosti posebnih elemenata koji su izravno povezani s biti porezne jedinice (konsolidacija)”(17).

55. Stoga bi se, prema mišljenju suda *a quo*, iz presude X Holding moglo izvesti pravilo „sve ili ništa”, u skladu s kojim se nije valjano odlučiti samo za određene učinke sustava porezne jedinice. Navodi da je opravdana svaka pogodnost proizašla iz osnivanja jedinstvenog subjekta s rezidentnim društvima kćerima jer ne postoji mogućnost „usredotočenosti na konkretne elemente ” u odnosu na poreznu jedinicu. Stoga je isključeno proširenje učinka porezne konsolidacije na nerezidentne subjekte.

56. Kasnije odluke Suda u presudama *Groupe Steria* i *Finanzamt Linz*(18) dovele su do dvojbi suda koji je uputio zahtjev. U ta dva predmeta razlike u postupanju koje je Sud zabranio odnosile su se upravo na „konkretne elemente” (troškovi i tereti udjela društva majke, u prvom slučaju, i amortizacija *goodwill*a, u drugom slučaju) odnosa između društava majki i rezidentnih i nerezidentnih društava kćeri, u okviru oporezivanja grupa trgovačkih društava.

57. Konkretno, Sud je u presudi *Groupe Steria* utvrdio da je potrebno odvojeno ispitati „porezn[e] pogodnosti, osim prijenosa gubitaka unutar koncerna”. Tek bi nakon tog preispitivanja bilo moguće razjasniti „pitanje može li država članica propisati te pogodnosti za društva koja su u

sastavu koncerna i, posljedično, isključiti ih u prekograničnim situacijama”(19).

58. U skladu s tom pretpostavkom provest će u ispitivanje prethodnih pitanja, nakon kojeg će trebati odlučiti o tome može li nizozemsko zakonodavstvo koje je primijenjeno u tim dvama predmetima biti suprotno članku 49. UFEU-a, koji obvezuje na ukidanje ograničenja slobode poslovnog nastana.

59. Slijedit će metodu kojom Sud, svaki put iznova, provodi analizu prethodnih pitanja postavljenih u predmetima poput ovoga povezanih s područjem izravnog oporezivanja. Njegov način djelovanja, u fazama ili etapama, najprije teži utvrđivanju primjenjive slobode i njezina eventualnog ograničavanja do kojeg je došlo. Zatim uspoređuje te situacije kako bi se razjasnilo jesu li bile predmet različitog postupanja, što zahtijeva opširno ispitivanje nacionalnih propisa kojima su uređene. U konačnici, ispituje moguća opravdanja utemeljena na važnim razlozima u općem interesu i proporcionalnost nacionalne mjere kojom se ograničava predmetna sloboda.

60. Odmah napominjem da razlika u poreznom postupanju između društava čiji rezidenata i nerezidenata u državi društva majke može spriječiti potonje društvo u ostvarivanju svoje slobode poslovnog nastana, odvraća ga od osnivanja društava čiji u drugim državama članicama(20). Odredba UFEU-a koja se primjenjuje stoga je njegov članak 49., a navedena razlika u postupanju među rezidentnim ili nerezidentnim društvima čijima podrazumijeva ograničavanje slobode iz tog članka.

61. Kako bi to različito postupanje bilo u skladu s odredbama Ugovora o slobodi poslovnog nastana, potrebno je da se odnosi na situacije koje objektivno nisu usporedive ili da je opravdano važnim razlozima u općem interesu(21). čak i ako je opravdano, dodatno je potrebno da njegova primjena bude prikladna za jamčenje ostvarenja zadanog cilja i da ne prekoračuje ono što je nužno da bi ga se postiglo(22).

B. Predmet C-398/16

62. Ukratko, polazišno činjenično stanje sastoji se od odnosa u koji su uključena tri društva iz istog koncerna sa sjedištem u više država Unije. S jedne strane, švedsko je društvo dalo zajam s kamatama nizozemskom društvu. S druge strane, to je nizozemsko društvo uložilo kapital od zajma u stjecanje udjela talijanskog društva čiji.

63. Do spora je došlo jer nizozemsko društvo u svojoj prijavi poreza na dobit želi odbiti iznos kamata koje duguje društvu iz istog koncerna.

64. Općenito, članak 10.a stavak 2. Zakona iz 1969. onemogućava odbitak ako je zajam odobren među poduzetnicima iz istog koncerna (povezani poduzetnici). Međutim, to ograničenje valja izbjeći ako povezani poduzetnici iskoriste opciju da ih se oporezuje kao koncern ili jedinstveni porezni subjekt.

65. Uspostava koncerna u nizozemskom je pravu uređena sljedećim načelima:

- društva koja ulaze u koncern slobodno se izabiru;(23)
- mogućnost uspostave koncerna ograničena je na društva sa sjedištem u Nizozemskoj(24).

66. U skladu s točkom 2.8.3. odluke kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku, razlika u postupanju proizlazi iz toga što bi se društvo kći, za slučaj da je imalo poslovni nastan u Nizozemskoj, bilo moglo uključiti u poreznu jedinicu zajedno s nizozemskim društvom. U tim okolnostima, članak 10.a Zakona iz 1969. ne bi se primjenjivao te bi se kamate na zajam mogle odbiti.
67. Stoga ulaganje radi stjecanja cijelog kapitala rezidentnog društva kći postaje privlačnije nego radi stjecanja onoga nerezidentnog društva kći: financijski troškovi (kamate) odobrenog zajma za kupnju dionica ili udjela mogu se odbiti u prvom slučaju, ali ne i u drugom.
68. Je li riječ o usporedivim situacijama? Sud je na to pitanje pružio potvrđan odgovor, posebno u vezi s istim nizozemskim zakonodavstvom (članak 15. Zakona iz 1969.) koje se primjenjuje na ova dva zahtjeva za prethodnu odluku.
69. Sud je u presudi X Holding utvrdio da su „situacija rezidentnog društva majke koje želi osnovati poreznu jedinicu s rezidentnim društvom kći i situacija rezidentnog društva majke koje želi osnovati poreznu jedinicu s nerezidentnim društvom kći, s obzirom na cilj poreznog sustava kao što je onaj u glavnom postupku, objektivno usporedive, u mjeri u kojoj oba društva majke žele iskoristiti pogodnosti tog sustava, koji osobito dopušta da se dobiti i gubici društava uključenih u poreznu jedinicu konsolidiraju na razini društva majke i da transakcije izvršene unutar koncerna budu porezno neutralne”.(25)
70. Presuda X Holding odnosila se na odbitak, u okviru društva majke, gubitaka društva kći, za što se u obzir uzimao rezultat društva kći u cjelokupnom poslovanju. Iako zahtijevani odbitak u ovom predmetu nije istovjetan(26), smatram da je također riječ o dvjema objektivno usporedivim situacijama jer se radi o financijskom trošku društva majke povezanom s njegovim udjelima u društvu kći, neovisno o integraciji.
71. Osim toga, postoji određena usporedivost s predmetom Groupe Steria. U tom se predmetu ocjenjivalo može li se takozvani „proporcionalni dio troškova i tereta” (koji je predstavljao troškove društva majke zbog njegova sudjelovanja u društvu kći) odbiti u okviru sustava porezne konsolidacije, iz kojeg su bila isključena nerezidentna društva kći. Ovdje se rasprava odnosi na drugi trošak (kamate na zajam) društva majke, kako bi se razjasnilo čini li to što je kvalificiran troškom koji se ne može u toj istoj mjeri odbiti ostvarivanje slobode poslovnog nastana manje privlačnim.
72. Stoga, sa stajališta „usredotočenosti na konkretne elemente”, na koju se poziva sud *a quo*, smatram da nije moguće zanijekati usporedivost situacija i, time, različito postupanje koje se primjenjuje na slične porezne radnje.
73. Po utvrđivanju različitog postupanja u objektivno usporedivim situacijama, naglasak treba staviti na to postoji li neki važan razlog u općem interesu koji bi ga opravdao. Sud koji je uputio zahtjev u tom se smislu poziva na usklađenost nizozemskog sustava porezne integracije.
74. Sud je u presudi Groupe Steria utvrdio da „[d]a bi argument utemeljen na tom opravdanju bio uspješan, treba utvrditi postojanje izravne veze između odnosne porezne pogodnosti i naknade za tu pogodnost u vidu određene porezne obveze, pri čemu izravan karakter te veze treba utvrditi s obzirom na cilj predmetnog propisa (presuda Bouanich [od 13. ožujka 2014.], C-375/12, EU:C:2014:138, t. 69. i navedena sudska praksa)”(27).
75. Ni u odluci kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku ni u tvrdnjama nizozemske vlade ne pronalazim dostatne razloge za prihvatanje tog opravdanja. Argumenti te vlade(28) zapravo su

prije ograničeni na zagovaranje primjene presude X Holding „bez ograničenja”, odbijaju i „usredotočenost na konkretne elemente”. S druge strane, navode i presudu Groupe Steria samo se poziva na potrebu oštovanja razmjerne raspodjele ovlasti oporezivanja između država, ali to se pitanje ne razrađuje (ne objašnjava zašto bi, u ovom slučaju, došlo do neravnoteže).

76. Pozivanje nizozemske vlade, u okviru predmeta C-398/16, na to da sustav porezne konsolidacije treba uključivati usklađeni paket prednosti i nedostataka suviše je općenito. Kao što sam upravo naveo, ne pruža nijedan podatak, kad je riječ o posebnom obliku odbitka kamata na zajam društvu kćeri, koji bi doveo u pitanje usklađenost tog sustava.

77. U većoj su mjeri izričita oštovanja te vlade koja se odnose na borbu protiv utaje poreza, kao važan razlog u općem interesu (na koji se, međutim, ne poziva sud koji je uputio zahtjev u točki 2.8.6. svoje odluke). Pojašnjava da je cilj članka 10.a Zakona iz 1969. sprječavanje ostvarenja umjetnih konstrukata koji se ne temelje na stvarnim gospodarskim razlozima, nego su osmišljeni isključivo radi izbjegavanja plaćanja zahtijevanih poreza na dobitke ostvarene na nizozemskom području(29).

78. U tom smislu, nizozemska vlada smatra da bi prihvaćanje mogućnosti naknadnog odabira poreznog obveznika značilo davanje prednosti povoljnijoj poreznoj opciji. Ta je tvrdnja, međutim, veoma sažeto iznesena kad je riječ o poteškoćama povezanim s odbitkom kamata na zajam (nešto je detaljnije razrađena kad je riječ o gubicima iz predmeta C-399/16).

79. Pravilo poput onog iz članka 10.a stavka 2. Zakona iz 1969., doneseno radi borbe protiv porezne prijevare, doista bi moglo opravdati određena ograničenja slobode poslovnog nastana(30). Kao što to pojašnjava nizozemska vlada, dok dividende primljene od društva iz koncerna povećavaju poreznu osnovicu, kamate na zajam među istim društvima je smanjuju. Stoga postoji određeni rizik za cjelovitost porezne osnovice te se želi izbjeći „neutraliziranje” prihoda u obliku zajmova koji stvaraju kamate koji, osim što nisu uključeni u poreznu osnovicu primatelja, omogućavaju njezino smanjenje u iznosu tih kamata.

80. Osim toga, članak 10.a Zakona iz 1969. primjenjuje se na odnose među društvima koncerna, neovisno o njihovoj rezidentnosti unutar ili izvan Nizozemske. Stoga se poteškoće ne javljaju kao posljedica tog propisa jer se on, u okviru borbe protiv izbjegavanja poreza, jednako primjenjuje na rezidente i nerezidente.

81. Međutim, to se objašnjenje dovodi u pitanje time što taj cilj protiv izbjegavanja ne utječe na rezidentna društva koja iskorištavaju mogućnost oporezivanja u okviru sustava porezne konsolidacije. Naime, borba protiv porezne prijevare može objasniti postojanje tog propisa, ali je teško razumjeti zašto predviđa tako neuravnoteženo postupanje kad je riječ o odnosima među društvima koncerna, ovisno o njihovoj pripadnosti sustavu porezne konsolidacije. Dok se kamate na zajmove unutar koncerna, kao opće pravilo, ne odbijaju, neovisno o sjedištu društava, one se odbijaju za koncern.

82. Kod zajma nizozemskog društva (majke) odobrenog nizozemskom društvu kćeri, u kontekstu porezne konsolidacije, kamate se odbijaju za prvonavedeno društvo. Suprotno tomu, ako društvo majka taj isti zajam odobri talijanskom društvu kćeri, konsolidacija nije moguća te se kamate ne odbijaju. S gledišta izbjegavanja poreza, ako se želi postići to da se porezna osnovica društva majke u Nizozemskoj umjetno ne smanji, nije jasan razlog zbog kojeg je to dopušteno kada su društva samo nizozemska, a zabranjeno kada je riječ o društvu iz treće države članice, s obzirom na to da do istog izbjegavanja može doći u oba slučaja.

83. U konačnici, smatram da borba protiv izbjegavanja poreza nije važan razlog u općem interesu kojim bi se moglo opravdati nejednako postupanje jer se upravo ustrojem porezne

konsolidacije u Nizozemskoj otvara mogućnost dopuštene koristi za rezidentne grupe trgovačkih društava, dok se ona isključuje u odnosu na grupe u koje ulaze nerezidentna društva(31).

84. Osim toga, jednako kao što se može utvrditi prikriva li to što društvo majka daje zajam rezidentnom društvu kćeri umjetni konstrukt, koji nema stvarno ekonomsko objašnjenje, osim neopravdanog smanjenja poreznog tereta prvonavedenog društva(32), ne vidim zbog čega se ta ista provjera ne bi primijenila na odnose s nerezidentnim društvom kćeri. Ta mogućnost dokazivanja, u svakom pojedinačnom slučaju, gospodarske stvarnosti na kojoj se temelje odnosi naprosto se *a priori* odbija zbog propisa koji je jednostavno ne priznaje za nerezidentna društva, kojima zabranjuje sudjelovanje u sustavu porezne konsolidacije koncerna u Nizozemskoj.

85. U konačnici, Sud je već presudio, među ostalim, u presudi Euro Park Service(33) da „uvođenje općeg pravila koje automatski isključuje određene kategorije postupaka od poreznih olakšica a da pritom ne vodi računa o tome radi li se stvarno o utaji ili izbjegavanju plaćanja poreza prelazi ono što je nužno za izbjegavanje takve utaje ili plaćanja poreza [...]”.

C. Predmet C-399/16

86. Prije nego što provedem ispitivanje prethodnih pitanja iz ovog predmeta, želim mi se prikladnim navesti dvije napomene. Prva se tiče konkretnog područja gubitka zbog tečajne razlike koji utječe na udjele društva majke u njegovim nerezidentnim društvima kćerima, kada jedna i druga društva posluju u različitim valutama.

87. Smatram da je, u tom pogledu, ispravno nijansiranje nizozemske vlade kada razlikuje „gubitke zbog tečajne razlike društva kćeri” i „gubitke zbog tečajne razlike u odnosu na društvo kćer”. Prvi se odnose na gubitke proizašle iz ulaganja koja je društvo kći ostvarilo u stranoj valuti, koji se odražavaju na rezultat navedenog društva kćeri. Suprotno tomu, „gubici zbog tečajne razlike u odnosu na društvo kći” smanjuju, barem s računovodstvenog aspekta, vrijednost ulaganja društva majke u njegove udjele (u stranoj valuti) u društvu kćeri i odražavaju se na rezultat društva majke.

88. U ovom predmetu, gubici zbog tečajne razlike izravno su povezani s vrijednošću udjela, a ne s rezultatom ulaganja društva kćeri. Stoga je riječ o drugom od dvaju navedenih slučajeva.

89. Druga se napomena odnosi na povećanje ili smanjenje vrijednosti udjela koje društvo majka ima u kapitalu društva kćeri, na koje mogu utjecati tečajne razlike. Taj se čimbenik može promatrati s dva gledišta: (a) kretanje te vrijednosti dok su udjeli u vlasništvu društva majke i (b) razlika u vrijednosti iskazana u trenutku u kojem se udjeli prenose, odnosno izmeću vrijednosti stjecanja i vrijednosti prijenosa.

90. Smatram da odluka kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku nije dovoljno jasna po tom pitanju: želi se da prvo prethodno pitanje razmatra slučaj promjene vlasništva udjela, dok se treće pitanje odnosi na razdoblje u kojem su navedeni udjeli, bez njihova prijenosa, ostali u vlasništvu društva majke.

91. Stoga, kako bi se rasprava razgraničila na odgovarajući način, odgovor na prvo pitanje treba uzeti u obzir gubitak vrijednosti proizašao iz tečajne razlike prilikom prijenosa udjela; suprotno tomu, odgovor na treće pitanje treba uzeti u obzir njihov gubitak vrijednosti dok su u vlasništvu društva, odnosno tek računovodstveno utvrđenje deprecijacije udjela.

1. Prvo prethodno pitanje

92. S obzirom na očitovanja stranaka, osobito tužitelja u glavnom postupku, do spora je došlo

jer bi se, prema njegovu mišljenju, gubitak zbog tečajne razlike, istaknut u trenutku ulaganja udjela društva A Holdings UK u njegovo društvo kćer C, bio mogao odbiti da je X NV mogao uključiti britansko društvo kći u svoj koncern(34).

93. Razlog se nalazi u tome što članak 13. Zakona iz 1969. predviđa takozvanu „iznimku udjela”: prilikom utvrđivanja dobiti društva u obzir se ne uzimaju prihodi proizašli iz udjela ni troškovi nastali uslijed stjecanja ili prijenosa tih udjela. To se pravilo, međutim, ne primjenjuje u slučaju porezne konsolidacije.

94. Sud koji je uputio zahtjev utvrdio je nejednako postupanje istaknuvši da društvo majka sa sjedištem u Nizozemskoj „u pogledu iznosa koji je uložilo u društvo kćer sa sjedištem u drugoj državi članici ne može uzeti u obzir gubitak zbog tečajne razlike iako bi to moglo učiniti da je navedeno društvo kći bilo uključeno u poreznu jedinicu – s obilježjima nizozemske porezne jedinice – s navedenim društvom majkom sa sjedištem u [Nizozemskoj] kao posljedicom konsolidacije unutar porezne jedinice”.

95. Stoga bi na prvi pogled proizlazila razlika u postupanju koja može ograničiti ostvarivanje slobode poslovnog nastana. Ta bi razlika mogla biti sukladna s odredbama UFEU-a koje uređuju tu slobodu samo kad bi se odnosila na situacije koje objektivno nisu usporedive ili kad bi bila opravdana važnim razlogom u općem interesu.

96. Hoge Raad (Vrhovni sud) navodi tri načina za rješavanje poteškoće koja se ovdje pojavljuje: (a) da se primijeni porezni sustav koji odgovara trajnom poslovnom nastanu u inozemstvu, (b) da rezidentna društva kćeri posluju u funkcionalno različitom valuti od eura i (c) da se prilikom utvrđivanja porezne osnovice ne zanemaruju samo gubici zbog tečajne razlike, nego i moguća dobit zbog tečajne razlike.

97. Usredotočujući se na posljednji od tih triju načina a da nije potrebno obraditi prva dva. Sud koji je uputio zahtjev u tom se pogledu ispravno poziva na sudsku praksu Suda u presudama Deutsche Shell(35) i X(36). Na temelju te sudske prakse navodi da bi se nemogućnost odbitka gubitka zbog tečajne razlike mogla opravdati okolnošću da se u obzir ne uzimaju niti moguća dobiti zbog tečajne razlike. Takvo bi stajalište(37) podupirale točke 38., 40. i 41. presude X i mišljenje nezavisne odvjetnice J. Kokott u tom predmetu(38).

98. Spor o kojem se odlučivalo u presudi X također se odnosio na odbitak gubitaka, u vrijednosti udjela, nastalih zbog tečajnih razlika. Švedsko zakonodavstvo, iako je doista onemogućavalo odbitak gubitaka nastalih zbog tečajnih razlika kada je društvo majka, s gubitcima, prodavalo svoje udjele u nerezidentnom društvu kćeri, također nije oporezivalo ostvarene dobitke, na toj istoj osnovi, u tim udjelima.

99. Sud je utvrdio da se u tim uvjetima „ne može [...] zaključiti iz odredbi UFEU-a o slobodi poslovnog nastana da je ta država članica dužna izvršavati što više asimetrično svoju poreznu nadležnost kako bi omogućila pravo na odbitak gubitaka nastalih prilikom transakcija čiji se rezultati, kada bi bili pozitivni, u svakom slučaju ne bi oporezivali”. Iz toga je zaključio da „članak 49. UFEU-a treba tumačiti na način da se ne protivi nacionalnom poreznom zakonodavstvu države članice koje kapitalne dobitke ostvarene na osnovi vlasničkih instrumenata na temelju izuzima od poreza na dobit i istodobno isključuje pravo na odbitak kapitalnih gubitaka ostvarenih na osnovi tih instrumenata, čak i ako ti kapitalni gubici proizlaze iz gubitaka po tečajnim razlikama”(39).

100. Ako pogrešno ne tumačim nizozemsko zakonodavstvo na koje se odnosi odluka kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku, u vezi s „iznimkom udjela” i drugim propisima primjenjivim na oporezivanje dobitaka i gubitaka nastalih zbog tečajne razlike koja utječe na udjele u

nerezidentnim društvima k?erima, smatram da se na njega primjenjuje isto rješenje iz presude X.

101. Iako je u predmetu C-686/13, X, do spora došlo u okviru odnosa između društva majke i njegova društva k?eri izvan koncerna, ne vidim zbog ?ega se presuda donesena u tom predmetu ne bi mogla ekstrapolirati na ovaj. Smatram da je odlučujuće to što dobiti nastali zbog te?ajnih razlika tako?er nisu bili uključeni u poreznu osnovicu poreza na dobit, u okolnostima kao što su to one u predmetnom slučaju. Drugim rije?ima, da upotrijebim formulaciju suda koji je uputio zahtjev, to što postoji situacija „u kojoj se u obzir ne uzimaju ni dobiti ni gubici zbog te?ajne razlike”(40).

102. Ako je tako – kao što se ?ini da zagovara nacionalni sud kada opisuje svoje nacionalno pravo i što potvr?uje nizozemska vlada – razlika u postupanju primijenjena na gubitak zbog te?ajne razlike u odnosu na udjele društva majke u nerezidentnom društvu k?eri, ako potonje društvo ne može biti dio koncerna, ne ograni?ava slobodu poslovnog nastana zbog istih razloga koje je Sud ve? istaknuo u presudi X.

103. Odgovor na to pitanje zatvara put drugim dvama pitanjima koja je uputio sud *a quo*. Unato? tomu, ukratko ?u ih zajedno ispitati (slijede?i kriterij nizozemske vlade), za slu?aj da Sud odlu?i potvrdno odgovoriti na prvo pitanje.

2. *Drugo i tre?e prethodno pitanje*

104. Kad bi društvo majka u svoje gubitke moglo ura?unati gubitke svojih udjela u nerezidentnim društvima k?erima nastale zbog te?ajnih razlika, sud koji je uputio zahtjev želi saznati: (a) odnosi li se ta mogućnost na „posredna i neposredna društva k?eri sa sjedištem u Europskoj uniji (jedno ili više) koja doti?no društvo majka drži posredno – preko tog društva k?eri –”; i (b) treba li obuhvatiti samo gubitke „u godinama na koje se spor odnosi” ili i u prethodnim godinama.

105. Iz normativnih podataka navedenih u spisu ?ini se da proizlazi da sustav porezne konsolidacije uspostavljen u nizozemskom pravu pruža mogućnost odabira društava koja ulaze u koncern (osnovan kao porezna jedinica) i onih koja ne ulaze(41). Stoga, na?elno, nema razloga da se nerezidentnim društvima k?erima uskrati ono što je dopušteno rezidentnim društvima k?erima.

106. Me?utim, glavni postupak odnosi se samo na uključivanje gubitaka zbog te?ajnih razlika koji odgovaraju udjelima u odre?enom nerezidentnom društvu k?eri. Zbog toga je sadržaj drugog pitanja prije hipoteti?ki: sporna je mogućnost uključivanja u koncern britanskog društva k?eri, a ne bilo kojeg drugog posrednog ili neposrednog društva k?eri. Postavljeno na taj na?in, pitanje postaje nedopušteno.

107. Tako?er smatram da Sud ne može dati koristan odgovor na tre?e prethodno pitanje. Nijedna mu stranka u postupku zapravo ne predlaže da to u?ini izravno, na temelju prava Unije. ?ak i društvo koje je tužitelj u glavnom postupku (X NV) zagovara stajalište da se rješenje dvojbe prije nalazi u nacionalnom pravu, a ne u pravu Unije jer je pojam godišnje oporezive dobiti reguliran nacionalnim pravilima.

108. Podsjetit ?u da bi se pojmovno mogao razlikovati gubitak vrijednosti udjela dok su u vlasništvu A Holdingsa BV i onaj koji proizlazi iz njihova prijenosa. ?ini se da se pitanje odnosi na deprecijaciju udjelâ, kao sastavnicâ vlasni?kog kapitala, zbog te?ajne razlike.

109. Iako poslovne knjige trebaju obavještavati o financijskom stanju poduzetnika na određeni datum, deprecijacija udjela knjigovodstveno se može izraziti prema različitim kriterijima. Budući da su ti udjeli elementi aktive društva ulagača, njihova deprecijacija na računima društva može se odraziti, primjerice, provođenjem odgovarajuće prilagodbe radi pripisivanja gubitka zbog umanjenja vrijednosti.

110. Ako se udjeli izražavaju u valuti kojom se ne koristi društvo majka, kretanja tečajne razlike mogu stvoriti više ili manje trajne ekonomske fluktuacije. Međutim, kako bi se te oscilacije odrazile na poreznu osnovicu, za potrebe poreza na dobit, obično trebaju predstavljati stvaran financijski gubitak.

111. Sud ne može analizirati odražava li se računovodstvena zabilježba devalvacije udjela na utvrđivanje porezne osnovice, u skladu s nacionalnim pravom. Na sudu je koji je uputio zahtjev da, u skladu sa svojim poreznim pravilima, razjasni je li došlo do stvarnog financijskog gubitka s utjecajem na rezultate društva majke, bilo samo u godini u kojoj je došlo do prijenosa udjela bilo u svakoj od prethodnih godina(42).

VI. Zaključak

112. S obzirom na prethodno navedeno, Sudu predlažem da na pitanja koja je postavio Hoge Raad der Nederlanden (Vrhovni sud Nizozemske) odgovori na sljedeći način:

„Punkt 49. UFEU-a:

- protivi se nacionalni propis u skladu s kojim se društvu majci sa sjedištem u jednoj državi članici uskraćuje odbitak kamata koje se odnose na zajam povezan s ulaganjem u kapital društva kćeri sa sjedištem u drugoj državi članici, iako bi se taj odbitak mogao iskoristiti ako bi navedeno društvo imalo sjedište u istoj državi članici kao i društvo majka;
- ne protivi se nacionalni propis u skladu s kojim se društvu majci sa sjedištem u jednoj državi članici uskraćuje odbitak od njegove dobiti gubitaka nastalih zbog tečajne razlike, u pogledu iznosa njegovih udjela u društvu kćeri sa sjedištem u drugoj državi članici, ako se tim istim propisima simetrično ne oporezuju dobici ostvareni na temelju te tečajne razlike”.

1 Izvorni jezik: španjolski

2 Vidjeti, među ostalim, presude od 16. srpnja 1998., ICI (C-264/96, EU:C:1998:370); od 18. studenoga 1999., X i Y (C-200/98, EU:C:1999:566); od 8. ožujka 2001., Metallgesellschaft i dr. (C-397/98 i C-410/98, EU:C:2001:134); od 18. rujna 2003., Bosal (C-168/01, EU:C:2003:479); od 13. prosinca 2005., Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763); od 17. siječnja 2008., Lammers & Van Cleeff (C-105/07, EU:C:2008:24); od 27. studenoga 2008., Papillon (C-418/07, EU:C:2008:659); od 6. rujna 2012., Philips Electronics UK (C-18/11, EU:C:2012:532); od 1. travnja 2014., Felixstowe Dock and Railway Company i dr. (C-80/12, EU:C:2014:200); od 3. veljače 2015., Komisija/Ujedinjena Kraljevina (C-172/13, EU:C:2015:50); od 6. listopada 2015., Finanzamt Linz (C-66/14, EU:C:2015:661) i od 17. svibnja 2017., X (C-68/15, EU:C:2017:379)

3 Presuda od 25. veljače 2010., X Holding (C-337/08, u daljnjem tekstu: presuda X Holding, EU:C:2010:89) i presuda od 12. lipnja 2014., SCA Group Holding i dr. (C-39/13 do C-41/13, EU:C:2014:1758)

4 Točke 18. i 43.

5 C-386/14, EU:C:2015:524; u daljnjem tekstu: presuda Groupe Steria

6 *Ibidem*, t. 27.

7 *Ibidem*, t. 27. *in fine*

8 Upotrebljavam izraz „nizozemsko” (ili talijansko, švedsko itd.), iako bi zapravo prikladnije bilo govoriti o „nerezidentnom društvu” u Nizozemskoj ili u svakoj od odnosnih država.

9 Put prijenosa udjela bio je složeniji i može se sažeti na to da je A Holdings BV 12. veljače 2009. svoje udjele u C prenio na subjekt D, koji je društvo kći društva X NV, uključeno u poreznu jedinicu, a da nije potrebno opisivati druge dodatne transakcije. Na isti je datum D udjele u C prenio na svoje luksemburško društvo kći A Holdings Luxembourg.

10 Podsjećam da se, u skladu s tom odredbom, za utvrđivanje dobiti ne primjenjuju ni ostvareni dobiti ni nastali gubici zbog posjedovanja udjela.

11 Navodi presudu od 12. lipnja 2014., SCA Group Holding i dr. (C-39/13 do C-41/13, EU:C:2014:1758), t. 33.

12 U točki 2.8.2.7. te odluke navode se, primjerice, neki porezni nedostaci: (i) na poreznu jedinicu niža se stopa oporezivanja primjenjuje samo jednom; (ii) društvo kći koje je dio porezne jedinice može prestati postojati kao posljedica obustave stežaja zbog nedostatka sredstava; (iii) svako od društava kćeri koja su dio porezne jedinice ponajprije je odgovorno za plaćanje poreza na dobit koji se odnosi na poreznu jedinicu; i (iv) ulaganja u društva koja pripadaju poreznoj jedinici zbrajaju se, zbog čega postotak koji se obračunava na odbitak zbog ulaganja u odnosu na poreznu jedinicu može biti manji od onoga koji bi se obračunavao da se društva oporezuju zasebno porezom na dobit.

13 U tom smislu navodi presude od 28. siječnja 1992., Bachmann (C-204/90, EU:C:1992:35), t. 31. i sljedeće i od 28. veljače 2008., Deutsche Shell (C-293/06, EU:C:2008:129), t. 39.

14 Isti su poput već navedenih u točki 12.

15 Točka 43. odnosno 25.

16 Točke 3. i 4. ovog mišljenja

17 Tako je navedeno u točkama 2.8.4. i 2.10.1. odluka kojima se upućuje zahtjev za prethodnu odluku u predmetima C-398/16 odnosno C-399/16. Presude Hoge Raad der Nederlanden (Vrhovni sud Nizozemske) u kojima je usvojeno takvo tumačenje donesene su 24. lipnja 2011., NL:HR:2011:BN3537, i 21. rujna 2012., NL:HR:2012:BT5858

18 Presuda od 6. listopada 2015., C-66/14, EU:C:2015:661

19 Presuda Groupe Steria, t. 27. i 28.

20 Presuda od 13. prosinca 2005., Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763), t. 32. i 33.

21 Presuda X Holding, t. 20. i presuda Groupe Steria, t. 21.

22 Presuda od 13. prosinca 2005., Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763), t. 35.

- 23 To navodi nizozemska vlada u točki 21. svojih očitovanja.
- 24 Također se zahtijeva primjena istih pravila prilikom utvrđivanja porezne osnovice, no taj aspekt nije relevantan u predmetu C-398/16, ali je relevantan u predmetu C-399/16.
- 25 Presuda X Holding, t. 24.
- 26 Ovaj se predmet odnosi isključivo na trošak (kamate na zajam) koji ne utječe na rezultat društva kćeri, nego samo društva majke, u vezi s ulaganjem u stjecanje udjela u društvu kćeri.
- 27 Presuda Groupe Steria, t. 31.
- 28 Točke 52. do 55. njezina podneska s pisanim očitovanjima, na čiji se sadržaj poziva u (za predmet C-398/16) točki 95. istog podneska.
- 29 Članak 10.a stavak 3. Zakona iz 1969. ne isključuje odbitak u potpunosti: dopušta ga ako predmetno društvo dokaže da nije umjetni konstrukt bez povezanosti s gospodarskom stvarnošću.
- 30 Presuda od 12. rujna 2006., Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544), t. 51.
- 31 Kao što sam već naveo (t. 32.), Komisija u tom smislu ističe nedostatak usklađenosti nizozemskog poreznog sustava koji, iako na temelju članka 10.a Zakona iz 1969. primjenjuje na nacionalne i prekogranične situacije, koncernima koji su u potpunosti nacionalni dopušta zaobilaženje primjene tog pravila protiv izbjegavanja.
- 32 Vidjeti bilješku 33.
- 33 Presuda od 8. ožujka 2017. (C-14/16, EU:C:2017:177), t. 55.
- 34 Iako se točka 2.5. odluke kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku odnosi na moguće uključivanje društva C u koncern („po potrebi”), samo zainteresirano društvo ograničava moguće uključivanje na A Holdings UK.
- 35 Presuda od 28. veljače 2008. (C-293/06, EU:C:2008:129)
- 36 Presuda od 10. lipnja 2015. (C-686/13, u daljnjem tekstu: presuda X, EU:C:2015:375)
- 37 Točka 2.9.5. odluke kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku: „razmatranja koja se pojavljuju u točkama 2.9.1., 2.9.2. i 2.9.4. [...] idu u prilog zaključku da nema različitog postupanja za objektivno usporedive situacije ni prepreke slobodi poslovnog nastana kao i u prilog odbijanju teze zainteresiranog društva”.
- 38 Mišljenje u predmetu X (C-686/13, EU:C:2015:31)
- 39 Presuda X, točke 40. i 41. Prethodno, u točkama 36. do 39. Sud je pojasnio zašto odgovor iz presude od 28. veljače 2008., Deutsche Shell (C-293/06, EU:C:2008:129), nije primjenjiv na predmet X.
- 40 Točka 2.9.4. odluke kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku
- 41 Vidjeti bilješku 23.
- 42 U tom smislu, vidjeti sličnost s presudom od 28. veljače 2008., Deutsche Shell (C-293/06,

EU:C:2008:129), t. 24. i 25.