



Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNE ODVJETNICE
JULIANE KOKOTT
od 19. siječnja 2017.¹

Predmet C-6/16

**Equiom SAS, prije Holcim France SAS
Enka SA
protiv
Ministre des finances et des comptes publics**

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Conseil d'État (Državno vijeće, Francuska))

„Porezno pravo – Sloboda poslovnog nastana (članak 43. UEZ-a) – Sloboda kretanja kapitala (članak 56. UEZ-a) – Direktiva 90/435/EEZ – Direktiva o matičnim društvima i društvima kćerima – Porez po odbitku na izlazne dividende – Sprječavanje izbjegavanja plaćanja poreza – Zloupotreba prava”

I – Uvod

1. U ovom postupku radi se u biti o pitanju u kojim okolnostima država članica smije odbiti, iz razloga sprječavanja izbjegavanja plaćanja poreza, izuzeće od plaćanja poreza po odbitku za isplate dividendi rezidentnog društva kćeri nerezidentnom matičnom društvu.

2. Pitanje se postavlja u kontekstu francuske odredbe kojoj je cilj sprječavanje zloupotreba tog izuzeća od poreza po odbitku, koje načelno treba priznati u skladu s člankom 5. Direktive 90/435/EEZ² (u daljnjem tekstu: Direktiva o matičnim društvima i društvima kćerima), koju valja *ratione temporis* primijeniti u ovom slučaju. Na temelju te odredbe porezne vlasti odbile su izuzeti od poreza po odbitku dividende društva sa sjedištem u Francuskoj isplaćene njegovom luksemburškom matičnom društvu. Poduzeće sa sjedištem u Luksemburgu bilo je pod neizravnom kontrolom društva sa sjedištem u Švicarskoj i na temelju te okolnosti zahtijevani dokaz da struktura vlasničkog lanca nije ponajprije motivirana poreznim razlozima, nije uspio.

¹ Izvorni jezik: njemački

² Direktiva Vijeća od 23. srpnja 1990. o zajedničkom sustavu oporezivanja koji se primjenjuje na matična društva i društva kćeri iz različitih država članica (SL L 225, str. 6.), koja je u međuvremenu zamijenjena Direktivom Vijeća 2011/96/EU od 30. studenoga 2011. (SL L 345, str. 8.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 17., svezak 2., str. 218.)

3. Sporna je usklađenost francuske mjere, koja je načelno usmjerena protiv oblika takozvane pojave „directive shopping”³, s Direktivom o matičnim društvima i društvima kćerima i temeljnim slobodama. Posebnu važnost ove teme pokazuju upravo nedavno značajno intenzivirani naponi u borbi protiv zlouporabnih poreznih praksi na europskoj⁴ i međunarodnoj⁵ razini. Iako je već zbog razloga pravednosti u oporezivanju nužno dosljedno suzbijati izbjegavanje plaćanja poreza, mora se u tome ipak uvijek poštovati načelo proporcionalnosti.

II – Pravni okvir

A – Pravo Unije

4. Primarnopravni okvir u ovom slučaju čine odredbe o slobodi poslovnog nastana i slobodi kretanja kapitala. Budući da u glavnom postupku valja ispitati zakonitost oporezivanja raspodjela dobiti koje su obavljene 2005. i 2006., za odgovor na prethodna pitanja valja uzeti u obzir odredbe Ugovorâ u verziji Ugovora iz Amsterdama⁶.

5. Na razini sekundarnog prava relevantna je Direktiva o matičnim društvima i društvima kćerima. Tu direktivu sve države članice moraju, u skladu s člankom 1. stavkom 1., primijeniti

„[...]

– na raspodjele dobiti od strane društava iz te države, društvima iz drugih država članica čija su društva kćeri;

[...]” [neslužbeni prijevod]

6. U pogledu takvih raspodjela dobiti člankom 5. Direktive o matičnim društvima i društvima kćerima određuje se:

„Dobit koju društvo kći raspodjeljuje svojem matičnom društvu izuzeto je od plaćanja poreza po odbitku.” [neslužbeni prijevod]

7. Članak 1. stavak 2. Direktive o matičnim društvima i društvima kćerima glasi:

„Ova Direktiva ne isključuje primjenu unutarnjih ili odredaba temeljenih na ugovoru za sprečavanje prevare ili zlouporabe.” [neslužbeni prijevod]

B – Nacionalno pravo

8. U skladu s člankom 119.a stavkom 2. u ovom predmetu mjerodavne verzije francuskog Code général des impôts (Opći zakonik o porezima, u daljnjem tekstu: CGI) dobit koju francuske pravne osobe isplaćuju osobama koje svoju poreznu rezidentnost ili svoje sjedište nemaju u Francuskoj, podliježe plaćanju poreza po odbitku.

3 U ovdje zanimljivoj varijanti, osoba koja nije adresat Direktive o matičnim društvima i društvima kćerima i koja je rezident treće zemlje osnivanjem društva posrednika stvara odnose u Uniji s ciljem iskorištavanja izuzeća od poreza po odbitku koje je predviđeno Direktivom.

4 Vidjeti Direktivu Vijeća (EU) 2016/1164 od 12. srpnja 2016. o utvrđivanju pravila protiv praksi izbjegavanja poreza kojima se izravno utječe na funkcioniranje unutarnjeg tržišta (SL L 193, str. 1.), Direktivu Vijeća (EU) 2015/121 od 27. siječnja 2015. (SL L 21, str. 1.), kojom je takozvano „minimalno zajedničko pravilo protiv zlouporaba” uključeno u trenutačnu verziju Direktive o matičnim društvima i društvima kćerima, kao i Preporuku Komisije od 6. prosinca 2012. o agresivnom poreznom planiranju (C[2012] 8806 *final*).

5 Vidjeti osobito završna izvješća OECD-a o projektu OECD/G20 o eroziji porezne osnove i premještanju dobiti („BEPS”) objavljena 5. listopada 2015. i dostupna na <http://www.oecd.org/ctp/beps-2015-final-reports.htm>

6 SL 1997., C 340, str. 1.

9. U skladu s člankom 119.b stavkom 1. u vezi sa stavkom 2. CGI-ja raspodjela dobiti pravnoj osobi pod određenim uvjetima izuzeta je od tog poreza po odbitku. Među ostalim, uvjet je da pravna osoba dužnicima ili osobama koje osiguravaju isplatu njezine raspodjele dobiti dokaže da je stvarni korisnik dividende. Osim toga, mjesto u kojem se nalazi stvarna uprava mora se nalaziti u državi članici, ona mora biti u obliku koji je naveden u Prilogu Direktivi o matičnim društvima i društvima kćerima i uz to držati najmanje 20 % udjela u kapitalu pravne osobe koja isplaćuje dividende.

10. Izuzeće se u skladu s člankom 119.b stavkom 3. CGI-ja ne primjenjuje ako se dividende isplaćuju u korist pravne osobe pod izravnom ili neizravnom kontrolom jednog ili više subjekata rezidenata država koje nisu članice Unije, osim ako ta pravna osoba dokaže da primjenjivanje izuzeća nije glavna svrha ili jedna od glavnih svrha vlasničkog lanca.

III – Glavni postupak i postupak pred Sudom

11. Ovaj se postupak odnosi na spor između društava Equiom SAS i Enka SA (u daljnjem tekstu: tužitelji u glavnom postupku) s jedne strane te francuske porezne uprave s druge strane.

12. Pravni prednik društva Equiom sa sjedištem u Francuskoj isplatio je 2005. i 2006. dividende svojem matičnom društvu i jedinom vlasniku udjela, društvu Enka sa sjedištem u Luksemburgu. Gotovo sve udjele u tom društvu držalo je u predmetnom razdoblju društvo sa sjedištem u Cipru, a koje je bilo pod kontrolom društva sa sjedištem u Švicarskoj.

13. Nadležno tijelo nije priznalo izuzeće od poreza po odbitku za isplaćene dividende u skladu s člankom 119.b stavkom 1. u vezi sa stavkom 2. CGI-ja. Smatralo je, naprotiv, da su isplate obuhvaćene područjem primjene iznimke koja je predviđena u stavku 3. navedene odredbe, s obzirom na to da korisnik nije mogao dokazati da primjenjivanje izuzeća nije glavna svrha ili jedna od glavnih svrha vlasničkog lanca. Predmetna društva podnijela su žalbe na tu odluku.

14. Conseil d'État (Državno vijeće), koji odlučuje u predmetu, smatra da je za odluku u sporu odlučujuće pravo Unije i stoga je Sudu 30. prosinca 2015. na temelju članka 267. UFEU-a uputio sljedeća pitanja:

1. U slučaju da nacionalni propis države članice u nacionalnom pravu iskoristi mogućnost iz članka 1. stavka 2. Direktive o matičnim društvima i društvima kćerima, može li se izvršiti nadzor s obzirom na pravila primarnog prava Europske unije mjera ili sporazuma donesenih za primjenu te mogućnosti?
2. Treba li članak 1. stavak 2. Direktive o matičnim društvima i društvima kćerima, kojima se državama članicama daje široka margina prosudbe pri utvrđivanju koje su odredbe potrebne za „sprečavanje prevare ili zlouporabe”, tumačiti na način da im se protivi to da država članica donese propis kojim je cilj isključiti mogućnost da se na dividendu raspodijeljenu pravnoj osobi pod izravnom ili neizravnom kontrolom jednog ili više subjekata rezidenata država koje nisu članice Unije primijeni porezno izuzeće, osim u slučaju da ta pravna osoba dokaže da primjenjivanje poreznog izuzeća nije glavna svrha ili jedna od glavnih svrha vlasničkog lanca?
3. (a) U slučaju da usklađenost s pravom Unije gore navedenog propisa protiv zlouporaba treba ocijeniti također s obzirom na odredbe Ugovora, treba li se on, s obzirom na svrhu predmetnog propisa, ispitati u odnosu na odredbe članka 43. UEZ-a, sada članka 49. UFEU-a, iako je društvo kojemu se isplaćuju dividende, kao rezultat vlasničkog lanca kojem je jedna od glavnih svrha primjenjivanje izuzeća, pod izravnom ili neizravnom kontrolom jednog ili više rezidenata trećih zemalja koji se ne mogu pozivati na slobodu poslovnog nastana?

(b) U slučaju da je odgovor na prethodno pitanje negativan, treba li tu usklađenost ispitati u odnosu na članak 56. UEZ-a, sada članak 63. UFEU-a?

4. Treba li navedene odredbe tumačiti na način da im se protivi nacionalni propis kojim se isključuje mogućnost da se izuzeće od poreza po odbitku primjenjuje za dividende koje plaća društvo sa sjedištem u jednoj državi članici društvu sa sjedištem u drugoj državi članici ako su te dividende isplaćene pravnoj osobi pod izravnom ili neizravnom kontrolom jednog ili više subjekata sa sjedištem u državama koje nisu članice Europske unije, osim ako ta pravna osoba dokaže da primjenjivanje izuzeća nije glavna svrha ili jedna od glavnih svrha tog vlasničkog lanca?

15. U postupku pred Sudom pisana očitovanja podnijeli su tužitelji u glavnom postupku, Francuska Republika, Kraljevina Danska, Talijanska Republika, Kraljevina Španjolska i Europska komisija. Na usmenoj raspravi održanoj 30. studenoga 2016. sudjelovali su gore navedene stranke u postupku, osim Talijanske Republike i Kraljevine Španjolske, te Savezna Republika Njemačka.

IV – Pravna ocjena

16. Sud koji je uputio zahtjev svojim pitanjima u bitnome želi znati protivi li se Direktivi o matičnim društvima i društvima kćerima te temeljnim slobodama propis države članice kao što je članak 119.b stavak 3. CGI-ja, u skladu s kojim se na dividende koje društvo te države članice isplaćuje društvu sa sjedištem u drugoj državi članici ne primjenjuje izuzeće od poreza po odbitku ako je društvo koje prima isplatu pod izravnom ili neizravnom kontrolom vlasnika udjela iz trećih zemalja, osim ako društvo koje prima isplatu dokaže da primjenjivanje izuzeća nije glavna svrha ili jedna od glavnih svrha vlasničkog lanca.

17. U svojoj ocjeni najprije ću se baviti drugim prethodnim pitanjem koje se odnosi na Direktivu o matičnim društvima i društvima kćerima (odjeljak A). Zatim ću se posvetiti prvom, trećem i četvrtom prethodnom pitanju koja se odnose na usklađenost mjere s primarnim pravom, točnije temeljnim slobodama (odjeljak B).

C – Drugo prethodno pitanje

18. Drugim pitanjem suda koji je uputio zahtjev želi se razjasniti je li sporni propis usklađen s Direktivom o matičnim društvima i društvima kćerima.

19. Među strankama nije sporno da su isplate dividendi o kojima se ovdje radi načelno obuhvaćene područjem primjene Direktive o matičnim društvima i društvima kćerima. Stoga je Francuska kao država rezidentnosti društva koje isplaćuje dividende u skladu s člankom 5. Direktive morala dividende izuzeti od poreza. Međutim, Francuska dodatne zahtjeve koje postavlja za priznavanje poreznog izuzeća smatra obuhvaćenima člankom 1. stavkom 2. Direktive o matičnim društvima i društvima kćerima. U skladu s tim propisom Direktivi nije protivna primjena nacionalnih odredbi za sprječavanje prevare i zlouporabe.

20. Stoga valja ispitati može li se propis države članice kao što je članak 119.b stavak 3. CGI-ja temeljiti na članku 1. stavku 2. Direktive o matičnim društvima i društvima kćerima.

21. Prema Komisijinu mišljenju, članak 1. stavak 2. Direktive o matičnim društvima i društvima kćerima nije primjenjiv. Budući da sporni propis nije donesen radi prenošenja Direktive, samo je primarno pravo mjerilo za ispitivanje usklađenosti propisa s pravom Unije.

22. Taj se argument ne može prihvatiti. Članak 1. stavak 2. Direktive o matičnim društvima i društvima kćerima čini okvir kojim su određene granice za postupanje država članica kada odbijaju ostvarivanje pogodnosti iz Direktive radi sprječavanja prevare i zlouporabe. Iz teksta odredbe, naime, proizlazi *a contrario* da se Direktivi protive takve odredbe koje *ne* služe sprječavanju prevare i zlouporabe i prekoračuju ono što je nužno za to⁷.

23. Drukčijim tumačenjem mogao bi se, osim toga, ugroziti korisni učinak Direktive o matičnim društvima i društvima kćerima. Suprotno implicitnoj pretpostavci Komisije, ispitivanje spornog francuskog propisa u odnosu na Direktivu s jedne strane i temeljne slobode s druge strane ne mora se nužno smatrati jednakovrijednim. Kad bi Francuska primjenom članka 119.b stavka 3. CGI-ja prekoračila okvir koji je državama članicama postavljen člankom 1. stavkom 2. Direktive o matičnim društvima i društvima kćerima, valjalo bi bez zadrške priznati izuzeće od poreza po odbitku. Uspješno pozivanje na temeljne slobode suprotno tome načelno jamči samo jednako postupanje u usporedivoj tuzemnoj situaciji.

24. U članku 1. stavku 2. Direktive o matičnim društvima i društvima kćerima odražava se opće načelo prava Unije u skladu s kojim je zlouporaba prava zabranjena⁸. Stranke se ne smiju s namjerom zlouporabe pozivati na pravo Unije⁹. Točno je da se tekstom odredbe ne određuje pobliže što se smatra zlouporabom¹⁰, ali se u svakom slučaju ne može smatrati da se odredbom samo upućuje na pravne poretke država članica. U suprotnome bi postojala opasnost proizvoljnog sužavanja područja primjene Direktive ovisno o praksi u pojedinoj državi članici.

25. Međutim, članak 1. stavak 2. Direktive o matičnim društvima i društvima kćerima kao iznimku valja usko tumačiti¹¹. U pogledu mjera za sprječavanje zlouporaba to osobito zahtijeva i načelo pravne sigurnosti. Naime, ako pojedinac ispuni sve formalne pretpostavke za stjecanje prava, tada samo u posebnim slučajevima može biti dopušteno to pravo odbiti na temelju prigovora zlouporabe.

26. Kao što je Sud već odlučio o Direktivi o matičnim društvima i društvima kćerima, vlasničke strukture koje služe samo za ostvarivanje koristi od poreznih pogodnosti predviđenih Direktivom, čine oblik zlouporabe¹². U tom pogledu i za tu direktivu vrijedi da za strukturu moraju postojati gospodarski razlozi. Suprotno tomu, samo nastojanje ostvarivanja isključivo porezne pogodnosti bez uporišta u gospodarskoj stvarnosti nije zaštićeno¹³. Stoga, ako se na temelju članka 119.b stavka 3. CGI-ja ne prizna izuzeće od poreza po odbitku kada je društvo kojemu je priznata pogodnost dio vlasničkog lanca koji je u bitnome uspostavljen samo na temelju poreznih motiva, to nije protivno članku 1. stavku 2. Direktive o matičnim društvima i društvima kćerima¹⁴.

7 Uz iznimku njezine njemačke i nizozemske verzije, članak 1. stavak 2. Direktive o matičnim društvima i društvima kćerima odnosi se izričito na odredbe koje su *nužne* za sprječavanje prevare i zlouporabe koje se ne protive Direktivi.

8 Vidjeti presude od 5. srpnja 2007., Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, t. 38. i navedena sudska praksa).

9 Vidjeti presude od 12. svibnja 1998., Kefalas i dr. (C-367/96, EU:C:1998:222, t. 20.), od 23. ožujka 2000., Diamantis (C-373/97, EU:C:2000:150, t. 33.), od 21. veljače 2006., Halifax i dr. (C-255/02, EU:C:2006:121, t. 68.), od 13. ožujka 2014., SICES i dr. (C-155/13, EU:C:2014:145, t. 29.), i od 28. srpnja 2016., Kratzer (C-423/15, EU:C:2016:604, t. 37.).

10 Vidjeti suprotno tomu članak 15. Direktive Vijeća 2009/133/EZ od 19. listopada 2009. (Direktiva o spajanju, SL L 310, str. 34.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 9., svezak 1., str. 317.).

11 Vidjeti presude od 17. listopada 1996., Denkavit i dr. (C-283/94, C-291/94 i C-292/94, EU:C:1996:387, t. 27.), od 17. srpnja 1997., Leur-Bloem (C-28/95, EU:C:1997:369, t. 38. i 39.) i od 5. srpnja 2007., Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, t. 37.), od 11. prosinca 2008., A. T. (C-285/07, EU:C:2008:705, t. 31.), od 20. svibnja 2010., Zwijnenburg (C-352/08, EU:C:2010:282, t. 46.), od 10. studenoga 2011., FOGGIA-Sociedade Gestora de Participações Sociais (C-126/10, EU:C:2011:718, t. 44.).

12 Vidjeti presude od 17. listopada 1996., Denkavit i dr. (C-283/94, C-291/94 i C-292/94, EU:C:1996:387, t. 31.).

13 U pogledu Direktive o spajanju vidjeti presude od 17. srpnja 1997., Leur-Bloem (C-28/95, EU:C:1997:369, t. 47.), od 10. studenoga 2011., FOGGIA-Sociedade Gestora de Participações Sociais (C-126/10, EU:C:2011:718, t. 34.).

14 U pogledu vlasničke strukture o kojoj je ovdje riječ ipak ću primijetiti da je u postupku pred Sudom ostalo nejasno na što se odnosi porezna pogodnost. Koliko je razvidno, Francuska ni u slučaju isplate dividende vlasniku udjela sa sjedištem u Švicarskoj ne bi obračunala porez po odbitku. Vidjeti članak 11. stavak 2. točku (b) Ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja između Francuske i Švicarske i članak 15. stavak 1. Sporazuma o oporezivanju dohotka od kamate na štednju od 26. listopada 2004. (SL L 385, str. 30.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 9., svezak 1., str. 98.).

27. U skladu s člankom 119.b stavkom 3. CGI-ja sâma okolnost da društvo koje prima dividende izravno ili neizravno kontroliraju subjekti koji nisu rezidenti Unije opravdava pretpostavku zlouporabnog primjenjivanja izuzeća od poreza po odbitku. Na korisniku je pogodnosti da dokaže da vlasnički lanac nije u bitnome uvjetovan poreznim razlozima.

28. Takav način postupanja prekoračuje ono što je nužno za sprječavanje izbjegavanja plaćanja poreza i ne nalazi se više u okviru dopuštenoga u skladu s člankom 1. stavkom 2. Direktive o matičnim društvima i društvima kćerima.

29. U primjeni spornog pravnog propisa poreznom se obvezniku sustavno nameće teret dokazivanja neporeznih razloga, bez obveze upravnih tijela da predoče dovoljno indicija za izbjegavanje plaćanja poreza¹⁵. Sâmo upućivanje na izravnu ili neizravnu kontrolu vlasnika udjela iz trećih zemalja ne može biti takva indicija već i zbog toga što se ni u kojem slučaju ne može općenito tvrditi da je porezni tretman isplata dobiti društvima izvan Unije u državi članici matičnog društva odnosno društva bake povoljniji nego što je u Francuskoj.

30. Odbijanje izuzeća od poreza po odbitku temelji se na općoj pretpostavci da će doći do izbjegavanja plaćanja poreza. Međutim, takva pretpostavka nije dopuštena¹⁶. Uvijek je potrebno ispitivanje objektivnih i provjerljivih okolnosti pojedinog slučaja¹⁷. Postoji li u tom smislu osnovana početna sumnja da za vlasničku strukturu postoji uglavnom porezni motiv, prigovor zlouporabe ipak će se odbiti ako porezni obveznik predoči dokaze o drugim razlozima za tu strukturu koji nisu samo porezni¹⁸. Naime, zabrana zlouporabe nije relevantna ako predmetna struktura može imati drugo opravdanje osim samog dobivanja porezne koristi¹⁹.

31. Stoga na pitanje suda koji je uputio zahtjev valja odgovoriti da se članku 1. stavku 2. Direktive o matičnim društvima i društvima kćerima protivi propis države članice kao što je članak 119.b stavak 3. CGI-ja, u mjeri u kojoj nerezidentnom društvu koje je pod izravnom ili neizravnom kontrolom subjekta rezidenta treće zemlje, za priznavanje izuzeća od poreza po odbitku, u skladu s člankom 5. Direktive, nalaže dokazivanje neporeznih razloga za strukturu vlasničkog lanca bez obveze upravnih tijela da predoče dovoljno indicija za izbjegavanje plaćanja poreza.

D – Prvo, treće i četvrto prethodno pitanje

32. Prvo, treće i četvrto pitanje u bitnome se odnose na usklađenost spornog propisa prema članku 119.b stavku 3. CGI-ja s temeljnim slobodama. Usprkos mojim prethodnim razmatranjima nije suvišno razmotriti ta pitanja s obzirom na to da za temeljne slobode mogu postojati drukčiji zahtjevi. U tom pogledu valjalo bi najprije razmotriti dvojbe suda koji je uputio zahtjev o tome postoji li prostor za nadzor u odnosu na primarno pravo (odjeljak 1.). Nadalje valja odrediti primjenjivu temeljnu slobodu (odjeljak 2.) i ispitati postoji li ograničenje te temeljne slobode (odjeljak 3.).

¹⁵ Vidjeti presudu od 5. srpnja 2012., SIAT (C-318/10, EU:C:2012:415, t. 55.).

¹⁶ Vidjeti presude od 4. ožujka 2004., Komisija/Francuska (C-334/02, EU:C:2004:129, t. 27.), od 9. studenoga 2006., Komisija/Belgija (C-433/04, EU:C:2006:702, t. 35.), od 28. listopada 2010., Établissements Rimbaud (C-72/09, EU:C:2010:645, t. 34.) kao i od 5. srpnja 2012., SIAT (C-318/10, EU:C:2012:415, t. 38. i navedena sudska praksa).

¹⁷ Vidjeti presude od 17. srpnja 1997., Leur-Bloem (C-28/95, EU:C:1997:369, t. 41. i 44.), od 9. ožujka 1999., Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, t. 25.), od 21. studenoga 2002., X i Y (C-436/00, EU:C:2002:704, t. 42.), od 20. svibnja 2010., Zwijnenburg (C-352/08, EU:C:2010:282, t. 44.), od 10. studenoga 2011., FOGGIA-Sociedade Gestora de Participações Sociais (C-126/10, EU:C:2011:718, t. 37.).

¹⁸ Vidjeti presude od 13. ožujka 2007., Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, t. 82.), od 5. srpnja 2012., SIAT (C-318/10, EU:C:2012:415, t. 50.), i od 3. listopada 2013., Itelcar (C-282/12, EU:C:2013:629, t. 37.).

¹⁹ Vidjeti presude od 21. veljače 2006., Halifax i dr. (C-255/02, EU:C:2006:121, t. 75.), od 22. prosinca 2010., Weald Leasing (C-103/09, EU:C:2010:804, t. 30.), od 12. rujna 2013., Slancheva sila (C-434/12, EU:C:2013:546, t. 42.), od 13. ožujka 2014., SICES i dr. (C-155/13, EU:C:2014:145, t. 33.), od 9. srpnja 2015., Cimmino i dr. (C-607/13, EU:C:2015:448, t. 65.), i od 14. travnja 2016., Cervati i Malvi (C-131/14, EU:C:2016:255, t. 34.), i od 28. srpnja 2016., Kratzer (C-423/15, EU:C:2016:604, t. 40.).

1. Nadzor u odnosu na primarno pravo Unije

33. Najprije se postavlja pitanje može li se francuski propis uopće procjenjivati u odnosu na primarno pravo.

34. Na to bi valjalo odgovoriti negativno samo kada bi propis pripadao području koje je na razini Unije u potpunosti usklađeno. Naime, prema ustaljenoj sudskoj praksi u takvom slučaju nacionalnu mjeru treba ocijeniti ne u odnosu na odredbe primarnog prava, nego samo na odredbe mjere usklađivanja²⁰.

35. Međutim, prema svojem predmetu članak 119.b stavak 3. CGI-ja ne pripada potpuno usklađenom području. Osobito se članak 1. stavak 2. Direktive o matičnim društvima i društvima kćerima ne može smatrati mjerom usklađivanja s obzirom na to da ta odredba ne obvezuje države članice na primjenu mjera za borbu protiv zlorabiranja niti utvrđuje potpune upute.

36. U skladu s člankom 1. stavkom 2. Direktive o matičnim društvima i društvima kćerima, naprotiv, na državama je članicama da ocijene hoće li i, unutar gore prikazanog okvira, kako će postupati protiv zlorabiranja u pogledu primjenjivanja pogodnosti iz Direktive. Kako je Sud već utvrdio, države članice mogu se koristiti mogućnostima koje im daje Direktiva samo uz poštovanje temeljnih odredbi Ugovora te su posebno vezane temeljnim slobodama²¹.

37. Stoga sporni propis u skladu s člankom 119.b stavkom 3. CGI-ja podliježe nadzoru u odnosu na primarno pravo Unije.

2. Primjenjiva temeljna sloboda

38. Zatim valja odrediti mjerodavnu temeljnu slobodu za ispitivanje francuske mjere. U tom pogledu sud koji je uputio zahtjev pita o primjenjivosti slobode poslovnog nastana (članak 43. UEZ-a, sada članak 49. UFEU-a) odnosno slobode kretanja kapitala (članak 56. UEZ-a, sada članak 63. UFEU-a).

39. U glavnom se postupku radi o poreznom tretmanu dividendi. Prema sudskoj praksi Suda to može biti predmet članka 43. UEZ-a, kao i članka 56. UEZ-a. Mjerodavan je predmet nacionalnog propisa u pitanju. Ako se propis primjenjuje samo u pogledu udjela koji omogućuju izvršavanje odlučujućeg utjecaja na odluke društva i određivanje njegovih djelatnosti, mjerodavne su odredbe o slobodi poslovnog nastana. Suprotno tomu, propisi država članica o udjelima koji se stječu samo radi financijskog ulaganja, bez namjere vršenja utjecaja na upravljanje i kontrolu nad poduzećem, moraju se razmotriti isključivo s obzirom na slobodu kretanja kapitala²².

40. Prema Komisijinu mišljenju u ovom se predmetu radi o slobodi poslovnog nastana jer se članak 119.b stavak 3. CGI-ja odnosi na isplate dividendi subjektima koje izravno ili neizravno *kontrolira* jedan ili više subjekata nerezidenata Unije.

41. Međutim, odnos između primatelja dividende i društava koja su u vlasničkom lancu iznad njega, ne može biti odlučujući. Naime, glavni postupak odnosi se na oporezivanje isplata dividendi francuskog društva njegovu vlasniku udjela sa sjedištem u Luksemburgu.

²⁰ Vidjeti presude od 12. listopada 1993., Vanacker i Lesage (C-37/92, EU:C:1993:836, t. 9.), od 23. svibnja 1996., Hedley Lomas (C-5/94, EU:C:1996:205, t. 18.), od 11. prosinca 2003., Deutscher Apothekerverband (C-322/01, EU:C:2003:664, t. 64.) i od 30. travnja 2014., UPC DTH (C-475/12, EU:C:2014:285, t. 63.).

²¹ Vidjeti presude od 18. rujna 2003., Bosal (C-168/01, EU:C:2003:479, t. 26.), od 23. veljače 2006., Keller Holding (C-471/04, EU:C:2006:143, t. 45.); od 12. prosinca 2006., Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, EU:C:2006:774, t. 46.), od 1. listopada 2009., Gaz de France – Berliner Investissement (C-247/08, EU:C:2009:600, t. 53.), od 2. rujna 2015., Groupe Steria (C-386/14, EU:C:2015:524, t. 39.).

²² Vidjeti presude od 12. prosinca 2006., Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, EU:C:2006:774, t. 36. i 37.), od 10. veljače 2011., Haribo Lakritzen Hans Riegel i Österreichische Salinen (C-436/08 i C-437/08, EU:C:2011:61, t. 33. do 35.), od 15. rujna 2011., Accor (C-310/09, EU:C:2011:581, t. 30. do 32.), i od 11. rujna 2014., Kronos International (C-47/12, EU:C:2014:2200, t. 29. do 32.).

42. Primjena članka 119.b stavka 3. CGI-ja na takve isplate dividendi pretpostavlja da između primatelja i društva koje isplaćuje dividendu postoje sudjelujući udjeli u visini od najmanje 20 %. Međutim, takav udio ne dopušta nužno zaključak da njegov nositelj ima odlučujući utjecaj na odluke društva²³. Radi određivanja mjerodavne temeljne slobode valja uzeti u obzir činjenice predmeta o kojem je riječ²⁴.

43. Prema navodima suda koji je uputio zahtjev udjele u francuskom društvu koje je isplatilo dividende u predmetnom je razdoblju u cijelosti držalo luksemburško društvo koje je primilo isplatu dividende. Budući da takav udio neupitno imatelju osigurava odlučujući utjecaj na odluke društva, mjerodavne su odredbe o slobodi poslovnog nastana.

3. Ograničenje slobode poslovnog nastana

44. Stoga valja ispitati postoji li ograničenje slobode poslovnog nastana. Takvo ograničenje moglo bi postojati jer luksemburškom društvu koje je primilo dividende primjenom članka 119.b stavka 3. CGI-ja nije odobreno izuzeće od poreza po odbitku.

45. Sloboda poslovnog nastana, u skladu s člankom 43. UEZ-a u vezi s člankom 48. UEZ-a, društvu osnovanom sukladno pravu neke države članice, a čije se registrirano sjedište, središnja uprava ili glavno mjesto poslovanja nalazi unutar Unije, priznaje, među ostalim, pravo da svoju djelatnost u drugoj državi članici obavlja putem društva kćeri²⁵. Pritom sloboda poslovnog nastana ima za cilj zajamčiti nacionalni tretman u državi članici primateljici, uz zabranu svake diskriminacije na temelju sjedišta društava²⁶.

46. Kako je francuska vlada potvrdila na raspravi, samo isplate dobiti nerezidentnim društvima podliježu posebnom zahtjevu dokazivanja u skladu s člankom 119.b stavkom 3. CGI-ja. To se ne primjenjuje na isplate dividendi rezidentnim društvima. Ta okolnost čini izvršavanje slobode poslovnog nastana manje privlačnim za društva drugih država članica. Zbog toga bi se mogli smatrati primoranim odustati od stjecanja, osnivanja ili održavanja društva kćeri u Francuskoj²⁷.

47. U tom pogledu nije relevantno da društvo koje se poziva na slobodu poslovnog nastana neizravno kontroliraju subjekti rezidenti trećih zemalja. Naime, kako je Sud već utvrdio, ni iz jedne odredbe prava Unije ne proizlazi da podrijetlo vlasnika udjela ima bilo kakav utjecaj na pravo tih osoba da se pozivaju na slobodu poslovnog nastana.²⁸

48. Slijedom toga, razlika u poreznom tretmanu dividendi u slučaju matičnih društava ovisno o mjestu njihova sjedišta čini ograničenje slobode poslovnog nastana koje je načelno zabranjeno na temelju članaka 43. i 48. UEZ-a²⁹.

23 Vidjeti u pogledu držanja trećine poslovnih udjela presudu od 13. travnja 2000., Baars (C-251/98, EU:C:2000:205, t. 20.). O udjelima u visini od 10 % vidjeti i presude od 3. listopada 2013., Itelcar (C-282/12, EU:C:2013:629, t. 22.), od 11. rujna 2014., Kronos International (C-47/12, EU:C:2014:2200, t. 31.).

24 Vidjeti presude od 13. travnja 2000., Baars (C-251/98, EU:C:2000:205, t. 21.); od 12. prosinca 2006., Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, EU:C:2006:774, t. 37. i 38.), od 13. studenoga 2012., Test Claimants in the FII Group Litigation (C-35/11, EU:C:2012:707, t. 93. i 94.), i od 11. rujna 2014., Kronos International (C-47/12, EU:C:2014:2200, t. 37.).

25 Vidjeti presude od 21. rujna 1999., Saint-Gobain ZN (C-307/97, EU:C:1999:438, t. 35.), od 13. prosinca 2005., Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, t. 30.), od 17. srpnja 2014., Nordea Bank (C-48/13, EU:C:2014:2087, t. 17.), od 17. prosinca 2015., Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829, t. 40.).

26 Vidjeti presude od 28. siječnja 1986., Komisija/Francuska (270/83, EU:C:1986:37, t. 14.), od 21. rujna 1999., Saint-Gobain ZN (C-307/97, EU:C:1999:438, t. 35.), od 14. prosinca 2006., Denkvit Internationaal i Denkvit France (C-170/05, EU:C:2006:783, t. 22.) i od 12. lipnja 2014., SCA Group Holding i dr. (C-39/13 do C-41/13, EU:C:2014:1758, t. 45.).

27 Vidjeti presude od 12. prosinca 2002., Lankhorst-Hohorst (C-324/00, EU:C:2002:749, t. 32.), od 23. veljače 2006., Keller Holding (C-471/04, EU:C:2006:143, t. 35.), od 14. prosinca 2006., Denkvit Internationaal i Denkvit France (C-170/05, EU:C:2006:783, t. 30.).

28 Vidjeti presudu od 1. travnja 2014., Felixstowe Dock and Railway Company i dr. (C-80/12, EU:C:2014:200, t. 40.).

29 Vidjeti presudu od 14. prosinca 2006., Denkvit Internationaal i Denkvit France (C-170/05, EU:C:2006:783, t. 29.).

49. Prema sudskoj praksi takvo ograničenje dopušteno je samo ako se odnosi na situacije koje nisu objektivno usporedive (odjeljak a) ili ako je opravdano nekim važnim razlogom u općem interesu (odjeljak b)³⁰.

a) Objektivna usporedivost

50. Sud redovito ocjenjuje objektivnu usporedivost situacija u odnosu na cilj predmetnog propisa³¹. S obzirom na to moglo bi biti upitno jesu li isplate dividendi rezidentnom društvu i isplate dividendi nerezidentnom društvu usporedive situacije. Naime, sporna mjera ima za cilj spriječiti da rezidenti trećih zemalja osnivanjem društava posrednika u Uniji i iskorištavanjem razlika pravnih poredaka država članica izbjegnu plaćanje poreza po odbitku. Dividende isplaćene rezidentnim društvima ipak još podliježu istom pravnom poretku.

51. Za Sud je odlučujući kriterij u slučaju isplata dividendi ipak izvršavanje porezne nadležnosti³². Uzimajući to u obzir, bez sumnje valja potvrditi objektivnu usporedivost s obzirom na to da Francuska svojoj poreznoj nadležnosti podvrgava isplate dividendi rezidentnim društvima kao i nerezidentnim društvima.

b) Obrazloženje

52. Stoga valja ispitati je li ograničenje slobode poslovnog nastana u članku 119.b stavku 3. CGI-ja opravdano važnim razlozima u općem interesu.

53. Francuska ističe da je taj razlog borba protiv prevara i zlouporaba.

54. Prema ustaljenoj sudskoj praksi ograničavajuća mjera može se opravdati navedenim razlogom ako se odnosi na specifične, potpuno umjetne konstrukcije bez uporišta u gospodarskoj stvarnosti koje su usmjerene na ostvarivanje poreznih pogodnosti³³.

55. Međutim, u ovom slučaju nije jasno je li francuska mjera usmjerena posebno protiv takvih konstrukcija. Naime, time što se člankom 119.b stavkom 3. CGI-ja zahtijeva dokaz da primjenjivanje izuzeća od poreza po odbitku nije glavna svrha ili jedna od glavnih svrha vlasničkog lanca, odredbom se daje odlučujući značaj nastojanju za dobivanje poreznih pogodnosti. Taj subjektivni kriterij sam za sebe nije dovoljan za zaključak o postojanju umjetne konstrukcije u smislu sudske prakse Suda³⁴. Ponajprije mora i iz objektivnih okolnosti proizlaziti da unatoč formalnom ispunjavanju uvjeta za odobrenje izuzeća od poreza po odbitku, nije postignut namjeravani cilj slobode poslovnog nastana³⁵.

30 Vidjeti presude od 25. veljače 2010., X Holding (C-337/08, EU:C:2010:89, t. 20.), od 6. rujna 2012., Philips Electronics (C-18/11, EU:C:2012:532, t. 17.), od 17. srpnja 2014., Nordea Bank (C-48/13, EU:C:2014:2087, t. 23.), od 17. prosinca 2015., Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829, t. 26.).

31 Vidjeti presude od 25. veljače 2010., X Holding (C-337/08, EU:C:2010:89, t. 22.), od 21. veljače 2013., A (C-123/11, EU:C:2013:84, t. 33.) i od 12. lipnja 2014., SCA Group Holding i dr. (C-39/13 do C-41/13, EU:C:2014:1758, t. 28.).

32 Vidjeti presude od 14. prosinca 2006., Denkavit Internationaal i Denkavit France (C-170/05, EU:C:2006:783, t. 34. do 36.), i od 12. prosinca 2006., Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, EU:C:2006:773, t. 68.).

33 Vidjeti presude od 12. rujna 2006., Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, t. 55.), od 13. ožujka 2007., Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, t. 74.), od 4. prosinca 2008., Jobra (C-330/07, EU:C:2008:685, t. 35.) i od 5. srpnja 2012., SIAT (C-318/10, EU:C:2012:415, t. 40.).

34 Vidjeti presudu od 12. rujna 2006., Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, t. 63.).

35 Vidjeti presudu od 12. rujna 2006., Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, t. 64.).

56. Može se smatrati da postoji takva protivnost cilju ako se na temelju sveukupne ocjene okolnosti utvrdi da izuzeće od poreza po odbitku nije na korist društva iz druge države članice koje je primilo dividende, nego u stvarnosti izravno koristi rezidentu treće zemlje. Sloboda poslovnog nastana, naime, od samog početka štiti samo državljane država članica³⁶.

57. Element za procjenu toga može biti narav društva posrednika. Stoga se radi o umjetnoj konstrukciji ako društvo ima samo fiktivni nastan u smislu društva „poštanskog sandučića”³⁷. I u slučaju kada postoji fizička prisutnost na temelju financijskih i osobnih okvirnih uvjeta moguće je zaključiti da se radi o umjetnoj konstrukciji. U tom pogledu mjerodavne su i stvarne ovlasti odlučivanja organa društva, raspolaganje vlastitim financijskim sredstvima ili postojanje poslovnog rizika.

58. Ako se ti elementi ne uzmu u obzir u primjeni članka 119.b stavka 3. CGI-ja, mjera ne čini odgovarajuće sredstvo usmjereno posebno protiv potpuno umjetnih konstrukcija bez uporišta u gospodarskoj stvarnosti i koje su usmjerene na ostvarivanje poreznih pogodnosti.

59. U svakom slučaju sporni propis prekoračuje ono što je nužno za borbu protiv izbjegavanja plaćanja poreza, tako što, u konačnici, društvima koja ostvaruju izuzeće od poreza po odbitku samo na temelju okolnosti izravne ili neizravne kontrole od strane subjekta nerezidenta Unije nameće teret dokazivanja nepostojanja zlouporabe³⁸. Naime, prema sudskoj praksi takva opća pretpostavka da će doći do izbjegavanja plaćanja poreza ne može opravdati ograničavajuću poreznu mjeru³⁹. Ipak, članak 119.b stavak 3. CGI-ja dovodi do prebacivanja tereta dokazivanja, a da porezna tijela nisu bila dužna predložiti dovoljno indicija za izbjegavanje plaćanja poreza⁴⁰.

4. Međuzaključak

60. Na prvo, treće i četvrto prethodno pitanje stoga valja odgovoriti na način da se članku 43. UEZ-a u vezi s člankom 48. UEZ-a protivi propis države članice kao što je članak 119.b stavak 3. CGI-ja, u mjeri u kojoj nerezidentnom društvu koje je pod izravnom ili neizravnom kontrolom subjekta rezidenta treće zemlje, za priznavanje izuzeća od poreza po odbitku prema članku 5. Direktive o matičnim društvima i društvima kćerima nalaže dokazivanje neporeznih razloga za strukturu vlasničkog lanca, bez obveze upravnih tijela da predlože dovoljno indicija za umjetnu konstrukciju bez uporišta u gospodarskoj stvarnosti koja je usmjerena na ostvarivanje poreznih pogodnosti.

V – Zaključak

61. S obzirom na sva prethodna razmatranja, predlažem Sudu da na pitanja koja je postavio Conseil d'État (Državno vijeće, Francuska) odgovori na sljedeći način:

Članku 1. stavku 2. Direktive Vijeća 90/435/EEZ od 23. srpnja 1990. o zajedničkom sustavu oporezivanja koji se primjenjuje na matična društva i društva kćeri iz različitih država članica i članku 43. UEZ-a u vezi s člankom 48. UEZ-a protivi se propis države članice na temelju kojeg se nerezidentnom društvu koje je pod izravnom ili neizravnom kontrolom subjekta rezidenta treće zemlje za priznavanje izuzeća od poreza po odbitku prema članku 5. Direktive nalaže dokazivanje

³⁶ Vidjeti presude od 12. rujna 2006., Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, t. 53.), od 11. ožujka 2010., Attanasio Group (C-384/08, EU:C:2010:133, t. 36.), i presudu od 23. veljače 2016., Komisija/Mađarska (C-179/14, EU:C:2016:108, t. 148.).

³⁷ Vidjeti presudu od 12. rujna 2006., Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, t. 67. i 68.).

³⁸ Vidjeti točke 27. do 30. ovog mišljenja.

³⁹ Vidjeti presude od 4. ožujka 2004., Komisija/Francuska (C-334/02, EU:C:2004:129, t. 27.), od 9. studenoga 2006., Komisija/Belgija (C-433/04, EU:C:2006:702, t. 35.), od 28. listopada 2010., Établissements Rimbaud (C-72/09, EU:C:2010:645, t. 34.) kao i od 5. srpnja 2012., SIAT (C-318/10, EU:C:2012:415, t. 38. i navedena sudska praksa).

⁴⁰ Vidjeti presudu od 5. srpnja 2012., SIAT (C-318/10, EU:C:2012:415, t. 55.).

neporeznih razloga za strukturu vlasničkog lanca, bez obveze upravnih tijela da predoče dovoljno indicija za umjetnu konstrukciju bez uporišta u gospodarskoj stvarnosti koja je usmjerena na ostvarivanje poreznih pogodnosti.