



Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNE ODVJETNICE
JULIANE KOKOTT
od 10. siječnja 2019.¹

Predmet C-607/17

**Skatteverket
protiv
Memira Holding AB**

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Högsta förvaltningsdomstol (Vrhovni upravni sud, Švedska))

„Zahtjev za prethodnu odluku – Nacionalno porezno zakonodavstvo – Sloboda poslovnog nastana – Odbitak gubitaka inozemnog društva kćeri u državi sjedišta društva majke u okviru spajanja – Opravdanje nemogućnosti odbitka takozvanih konačnih gubitaka – Proporcionalnost nepostojanja prekograničnog prijeboja gubitka – Pojam takozvanih konačnih gubitaka”

I. Uvod

1. U ovom postupku² riječ je o pitanju je li švedsko društvo majka na temelju članka 49. UFEU-a u vezi s člankom 54. UFEU-a ovlašteno odbiti gubitke društva kćeri sa sjedištem u Njemačkoj, u kojem drži 100 % udjela, od svoje dobiti ako društvo kći spajanjem s društvom majkom prestaje postojati te se njegovi gubici ostvareni u Njemačkoj tamo ne mogu u potpunosti „upotrijebiti”.

2. Temeljne slobode načelno ne nalažu prekogranično korištenje gubitaka u grupi društava. Tako bi gubici nastali u inozemstvu nestali. Samo u slučaju takozvanih *konačnih gubitaka* na temelju presude Marks & Spencer velikog vijeća Suda³ iz 2005. može postojati obveza prekograničnog korištenja gubitaka uz elemente proporcionalnosti.

3. Oko tih „konačnih gubitaka” nižu se mnogobrojni problemi koji su doveli do nekoliko presuda Suda⁴. Međutim, te odluke nisu dosad mogle konačno razjasniti koje su pretpostavke za postojanje konačnih gubitaka, kao što pokazuje ovaj novi zahtjev. U tom pogledu Sud će vjerojatno uvijek iznova imati priliku – ako želi i dalje zadržati iznimku konačnih gubitaka⁵ – detaljnije urediti te slučajeve.

¹ Izvorni jezik: njemački.

² Vidjeti također predmet C-608/17 i moje mišljenje od istoga dana.

³ Presuda od 13. prosinca 2005. (C-446/03, EU:C:2005:763)

⁴ Ovaj popis nije konačan: presude od 4. srpnja 2018., NN (C-28/17, EU:C:2018:526), od 12. lipnja 2018., Bevola i Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424), od 17. prosinca 2015., Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829), od 3. veljače 2015., Komisija/Ujedinjena Kraljevina (C-172/13, EU:C:2015:50), od 7. studenoga 2013., K (C-322/11, EU:C:2013:716), od 21. veljače 2013., A (C-123/11, EU:C:2013:84) i od 15. svibnja 2008., Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278).

⁵ Na to upućuje izričita primjena presude Marks & Spencer u predmetu Bevola (presuda od 12. lipnja 2018., Bevola i Jens W. Trock, C-650/16, EU:C:2018:424, t. 63. i 64.) u odnosu na inozemne gubitke stalnih poslovnih jedinica. S druge strane, pravni pojam konačnih gubitaka nekoliko članova Suda smatra nepotrebnim: vidjeti osobito mišljenje nezavisnog odvjetnika P. Mengozzija u predmetu K (C-322/11, EU:C:2013:183, t. 66. i sljedeće i t. 87.) kao i moje mišljenje u predmetu Komisija/Ujedinjena Kraljevina (C-172/13, EU:C:2014:2321, t. 41. i sljedeće) i u predmetu A (C-123/11, EU:C:2012:488, t. 50. i sljedeće).

II. Pravni okvir

A. Pravo Unije

4. Pravni okvir prava Unije u ovom slučaju čini sloboda poslovnog nastana trgovačkih društava u skladu s člankom 49. UFEU-a u vezi s člankom 54. UFEU-a i Direktiva Vijeća 2009/133/EZ⁶ (u daljnjem tekstu: Direktiva o spajanjima).

5. U pogledu gubitaka društva prenositelja Direktiva o spajanjima donosi samo jednu odredbu u svojem članku 6.:

„Ako država članica, u slučaju kada se postupci iz članka 1. točke (a) provode između društava iz države članice društva prenositelja, primjenjuje odredbe kojima se društvu preuzimatelju dopušta preuzimanje gubitaka društva prenositelja koji nisu iskorišteni u porezne svrhe, država članica te odredbe proširuje na preuzimanje takvih gubitaka od strane stalnih poslovnih jedinica društva preuzimatelja koje se nalaze na njezinom području.”

B. Švedsko pravo

6. Direktiva o spajanjima prenesena je u švedsko pravo u poglavlju 37. Inkomstskattelaga (1999:1229)⁷.

7. Spajanje se u članku 3. definira kao restrukturiranje. Ono mora istodobno ispunjavati dvije pretpostavke. Kao prvo, svu aktivu i pasivu te druge obveze društva (društvo prenositelj) preuzima drugo društvo (društvo preuzimatelj). Kao drugo, društvo prenositelj prestaje postojati bez likvidacije. Usto se, kako bi se primijenili posebni porezni propisi o spajanjima iz članaka 16. do 29., zahtijeva da je riječ o takozvanom kvalificiranom spajanju.

8. Kako bi se spajanje smatralo kvalificiranim, u skladu s člankom 11. društvo prenositelj neposredno prije spajanja mora biti obvezno plaćati u Švedskoj porez na prihod za barem jedan dio svoje gospodarske aktivnosti. Usto, u skladu s člankom 12. društvo preuzimatelj neposredno nakon spajanja mora biti obvezno plaćati u Švedskoj porez na prihod od gospodarskih aktivnosti u odnosu na koje je društvo prenositelj bilo oporezovano. Prihod ne smije u cijelosti ili djelomično biti izuzet od oporezivanja u Švedskoj na temelju ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja.

9. Posljedica kvalificiranog spajanja, na temelju članka 17. stavka 1., jest da društvo prenositelj, zbog spajanja, ne smije ostvariti nikakav prihod ni odbiti gubitak u odnosu na gospodarsku aktivnost navedenu u članku 11. Umjesto toga, za tu gospodarsku aktivnost, na temelju članka 18. stavka 1., društvo preuzimatelj mora preuzeti poreznu situaciju društva prenositelja. To, među ostalim, znači da društvo preuzimatelj može odbiti negativne prihode društva prenositelja iz prethodnih poreznih godina, unutar određenih granica utvrđenih u člancima 21. do 26.

⁶ Direktiva Vijeća od 19. listopada 2009. o zajedničkom sustavu oporezivanja koji se primjenjuje na spajanja, podjele, djelomične podjele, prijenose imovine [unose imovinskih cjelina] i zamjene dionica društava iz različitih država članica te na prijenos sjedišta SE-a ili SCE-a iz jedne države članice u drugu (SL 2009., L 310, str. 34.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 9., svezak 1., str. 317.) kojom je kodificirana Direktiva Vijeća 90/434/EEZ od 23. srpnja 1990. s jednakim naslovom (SL 1990., L 225, str. 1.). Ta direktiva izmijenjena je Direktivom Vijeća 2013/13/EU od 13. svibnja 2013. o prilagodbi pojedinih direktiva u području oporezivanja radi pristupanja Republike Hrvatske (SL 2013., L 141, str. 30.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 3., svezak 3., str. 3.) i ne smije se zamijeniti Direktivom 2005/56/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 26. listopada 2005. o prekograničnim spajanjima društava kapitala (SL 2005., L 310, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 17., svezak 1., str. 186.) koja se odnosi na aspekte prava društava određenih prekograničnih koncentracija.

⁷ Zakon br. 1229 iz 1999. o porezu na dobit i porezu na dohodak

10. Kako bi se poravnali prihodi unutar prekogranične grupe poduzeća prijenosom dobiti, u švedskom se pravu uobičajeno koristi „prijenosom unutar grupe”. Odbitak unutar grupe društava uređuje se u poglavlju 35.a Zakona o porezu na dobit i porezu na dohodak. Na temelju članaka 2. i 5., švedsko matično društvo može zatražiti odbitak unutar grupe društava za konačni gubitak nastao u njegovu inozemnom društvu kćeri, koje je u njegovu stopostotnom vlasništvu i koje ima poslovni nastan unutar EGP-a pod uvjetom, među ostalim, da se to društvo kći likvidira i da je ta likvidacija provedena. Međutim, to se uređenje prema sudu koji je uputio zahtjev ne primjenjuje na spajanja.

III. Glavni postupak

11. Predmet se odnosi na prethodno rješenje Skatterättsnämnda (Komisija za poreznopravna pitanja, Švedska). To rješenje polazi od sljedećih činjenica:

12. Društvo Memira Holding AB (u daljnjem tekstu: Memira) matično je društvo grupe s društvima kćerima u nekoliko država, uključujući Njemačku. Poslovni rezultati njemačkog društva kćeri bili su negativni. U međuvremenu je obustavljena gospodarska aktivnost tog društva kćeri. U društvu kćeri ostali su samo dugovi i određena likvidna imovina. Grupa sada razmatra dopuštanje spajanja društva kćeri sa švedskim matičnim društvom u prekograničnom spajanju. Spajanje bi značilo da društvo kći prestaje postojati bez likvidacije. Nakon spajanja, grupa više neće imati društvo u Njemačkoj. Grupa onda ondje više neće ni poslovati, ni putem matičnog društva ni putem bilo kojeg drugog društva iz grupe.

13. U njemačkom društvu kćeri nagomilali su se gubici iz prethodnih godina u ukupnom iznosu od otprilike 7,6 milijuna eura. Pritom je riječ o gubicima koji proizlaze iz nerentabilnih poslova u Njemačkoj. Društvo kći moglo bi te gubitke odbiti od poreza u Njemačkoj, a neiskorišteni gubici mogli bi se vremenski neograničeno prenijeti i odbiti od eventualne dobiti koju društvo kći ostvari u narednim godinama. Međutim, u skladu s njemačkim pravom, spajanjem nije moguće prenijeti gubitke na drugo društvo koje je porezni obveznik u Njemačkoj.

14. Skatterättsnämnd (Komisija za poreznopravna pitanja) smatra da društvo u slučaju spajanja s njemačkim društvom kćeri ne ispunjava pretpostavke iz prava Unije za odbitak negativnih prihoda. Prema sudskoj praksi Suda, prilikom ocjene toga jesu li gubici konačni potrebno je uzeti u obzir tretman gubitaka na temelju zakonodavstva države koje je društvo kći rezident. Budući da u skladu s njemačkim pravom nema mogućnosti korištenja gubicima prilikom spajanja s drugim društvom koje podliježe porezu u Njemačkoj, ti se gubici ne smiju smatrati konačnima u smislu sudske prakse Suda. Prema tome, u tom pogledu nema povrede prava Unije.

15. Tužbu protiv prethodnog rješenja pred Högsta förvaltningsdomstol (Vrhovni upravni sud, Švedska) podnijeli su i Skatteverk (Porezni odbor) i podnositelj zahtjeva, društvo Memira.

IV. Zahtjev za prethodnu odluku i postupak pred Sudom

16. Högsta förvaltningsdomstol (Vrhovni upravni sud), pred kojim se vodi postupak, uputio je Sudu sljedeća pitanja:

„1. Treba li, prilikom ocjene toga je li gubitak u društvu kćeri u drugoj državi članici konačan, u smislu, među ostalim, iz predmeta A, i može li matično društvo stoga odbiti gubitke na temelju članka 49. UFEU-a, uzeti u obzir činjenicu da u skladu s propisima države društva kćeri postoje ograničenja mogućnosti za subjekte koji nisu subjekt kojem su nastali gubici da odbiju gubitke?

2. Ako ograničenje kao što je ono o kojem je riječ u pitanju 1. treba uzeti u obzir, treba li tada voditi računa o tome postoji li u predmetnom slučaju stvarno drugi subjekt u državi društva kćeri koji je mogao odbiti gubitke da je to ondje dopušteno?”

17. U vezi s tim pitanjima u postupku pred Sudom pismena su očitovanja podnijeli društvo Memira, Kraljevina Švedska, Savezna Republika Njemačka, Ujedinjena Kraljevina, Republika Finska, Talijanska Republika i Europska komisija. Na usmenoj raspravi održanoj 24. listopada 2018. sudjelovali su švedski porezni odbor, Kraljevina Švedska, Savezna Republika Njemačka, Republika Finska i Europska komisija.

V. Pravna ocjena

A. Prethodna pitanja

18. Oba prethodna pitanja odnose se na konačne gubitke društva kćeri koje prestaje postojati spajanjem.

19. Svojim prvim prethodnim pitanjem sud koji je uputio zahtjev izričito pita je li za pitanje „je li gubitak u društvu kćeri u drugoj državi članici konačan, u smislu, među ostalim, iz predmeta A” relevantno da je u državi sjedišta društva kćeri trećim osobama ograničena mogućnost korištenja gubicima.

20. Pritom se konkretno postavlja pitanje obvezuje li sloboda poslovnog nastana (članak 49. u vezi s člankom 54. UFEU-a) Švedsku da uzme u obzir gubitke društva kćeri s poslovnim nastanom u Njemačkoj, koji su se akumulirali tijekom godina (točnije: koji su preneseni), kada se to društvo spoji s matičnim društvom i tako prestaje postojati. Ti se gubici zbog njemačkog poreznog zakonodavstva ne bi mogli iskoristiti u okviru spajanja te bi stoga nestali zbog prestanka postojanja društva u Njemačkoj.

21. Ako na prvo pitanje treba odgovoriti potvrdno, sud koji je uputio zahtjev pita mijenja li išta činjenica da u konkretnom slučaju ne postoji drugi subjekt koji bi mogao prenijeti gubitak na buduće porezno razdoblje. Time se očito misli na to da ne postoji nijedno drugo društvo grupe u državi sjedišta društva kćeri. Na taj se aspekt može odgovoriti zajedno s prvim pitanjem.

22. Iako se oba pitanja odnose na tumačenje sudske prakse Suda – nacionalni sud primarno se poziva na predmet A⁸, koji je stajališta iz predmeta Marks & Spencer⁹ primijenio na prekogranično spajanje – ona pretpostavljaju postojanje narušavanja slobode poslovnog nastana.

23. Međutim, s obzirom na to da pravo Unije u Direktivi o spajanjima sadržava vlastitu pravnu normu o poreznim posljedicama prekograničnih koncentracija društava, najprije valja ispitati tu posebnu odredbu (u tom pogledu vidjeti točku 25. i sljedeće ovog mišljenja). Naime, Sud je više puta odlučio da „svaku nacionalnu mjeru iz područja u kojem je provedeno iscrpno usklađivanje na razini Unije valja ocjenjivati u svjetlu odredaba te mjere usklađivanja, a ne s obzirom na odredbe primarnog prava”¹⁰.

⁸ Presuda od 21. veljače 2013. (C-123/11, EU:C:2013:84)

⁹ Presuda od 13. prosinca 2005. (C-446/03, EU:C:2005:763)

¹⁰ Tako ponovno najnovije presude od 8. ožujka 2017., Euro Park Service (C-14/16, EU:C:2017:177, t. 19.), od 12. studenoga 2015., Visnapuu (C-198/14, EU:C:2015:751, t. 40.), od 11. prosinca 2003., Deutscher Apothekerverband (C-322/01, EU:C:2003:664, t. 64.), kao i presuda od 16. prosinca 2008., Gysbrechts i Santurel Inter (C-205/07, EU:C:2008:730, t. 33.) – iako je u konkretnom slučaju uvijek odbijeno nepostojanje povezanosti s primarnim pravom.

24. Čak i kad bi se Direktivom o spajanju provodilo takvo potpuno usklađivanje, to ipak ne bi moglo spriječiti da se ta direktiva mora tumačiti u skladu s primarnim pravom i da se u danom slučaju mora podredno ispitati njezina usklađenost s temeljnim slobodama. Naime, Sud je već davno odlučio da zabrana ograničenja slobodnog pružanja usluga ne vrijedi samo za nacionalne mjere, nego i za mjere institucija Unije¹¹. Ugovori kao primarno pravo ostaju „temelj, okvir i granica”¹² svih pravnih akata Unije. Stoga će, ako uračunavanje gubitka ne proizlazi iz Direktive o spajanju, u nastavku biti potrebno ispitati narušavanje slobode poslovnog nastana (u tom pogledu vidjeti točku 28. i sljedeće).

B. Korištenje gubicima u skladu s Direktivom o spajanju

25. Činjenice kao u glavnom postupku nesporno su obuhvaćene područjem primjene Direktive o spajanju. Tom se direktivom prema njezinim uvodnim izjavama 2. i 3. moraju donijeti zajednički propisi kako bi se u korist unutarnjeg tržišta uklonili nepovoljni porezni uvjeti prekograničnih spajanja u odnosu na nacionalna spajanja. Uvodnom izjavom 9. u taj se cilj izričito uključuje porezni tretman gubitaka.

26. U skladu s time, Direktiva u svojem članku 6. sadržava i odredbu o preuzimanju od strane društva preuzimatelja, gubitaka društva prenositelja koji još nisu iskorišteni u porezne svrhe. Prema toj odredbi društvo preuzimatelj može gubitke društva prenositelja s poslovnim nastanom u drugoj državi članici (ovdje Njemačka) prenijeti na stalnu poslovnu jedinicu društva preuzimatelja u toj državi članici (Njemačka) ako je takav prijenos moguć i između društava te države članice.

27. Stoga članak 6. Direktive o spajanjima u svakom slučaju pretpostavlja uzimanje u obzir prijenosa gubitaka društva prenositelja u njegovoj državi sjedišta (ovdje Njemačka). Ne spominje se uzimanje u obzir prijenosa gubitaka u državi članici društva preuzimatelja (ovdje Švedska). Iz toga se svakako može zaključiti da takvo uzimanje u obzir gubitaka nije ni obvezno prema pravu Unije. To osobito vrijedi ako se u uvodnoj izjavi 9. Direktive prepoznaje poteškoća (inozemnih) gubitaka društva prenositelja koja se na točno određen način uređuje posebno člankom 6. Direktive o spajanjima. U svakom slučaju, korištenje gubicima koji su preneseni u Njemačkoj u svrhu oporezivanja u Švedskoj ne proizlazi iz Direktive o spajanjima.

C. Ograničenje slobode poslovnog nastana

28. Međutim, iz slobode poslovnog nastana društva preuzimatelja osigurane člancima 49. i 54. mogla bi proizlaziti dužnost uzimanja u obzir gubitaka.

29. Sloboda poslovnog nastana, koju članak 49. UFEU-a priznaje građanima Europske unije, u skladu s člankom 54. UFEU-a, uključuje, za društva osnovana sukladno pravu neke države članice, a čije se registrirano sjedište, središnja uprava ili glavno mjesto poslovanja nalazi unutar Unije, pravo obavljanja vlastite djelatnosti u drugim državama članicama posredstvom društva kćeri, podružnice ili zastupništva.

30. Prema ustaljenoj sudskoj praksi, ograničenjima slobode poslovnog nastana smatraju se sve mjere koje zabranjuju ostvarivanje te slobode ili ga ometaju ili čine manje privlačnim¹³.

¹¹ Presude od 2. rujna 2015., *Groupe Steria* (C-386/14, EU:C:2015:524, t. 39.), od 18. rujna 2003., *Bosal* (C-168/01, EU:C:2003:479, t. 25. i 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 29. veljače 1984., *REWE-Zentrale* (37/83, EU:C:1984:89, t. 18.) i od 26. listopada 2010., *Schmelz* (C-97/09, EU:C:2010:632, t. 50.)

¹² Presuda od 5. listopada 1978., *Viola* (26/78, EU:C:1978:172, t. 9. do 14.)

¹³ Presude od 29. studenoga 2011., *National Grid Indus* (C-371/10, EU:C:2011:785, t. 36.), od 21. svibnja 2015., *Verder LabTec* (C-657/13, EU:C:2015:331, t. 34.) i presudu od 16. travnja 2015., *Komisija/Njemačka* (C-591/13, EU:C:2015:230, t. 56. i navedena sudska praksa)

31. Porezno zakonodavstvo države članice povređuje slobodu poslovnog nastana društava ako iz njega proizlazi razlika u postupanju na štetu društava koja ostvaruju tu slobodu, ako se razlika u postupanju odnosi na objektivno usporedive situacije i ako nije opravdana važnim razlogom u općem interesu ili nije proporcionalna u odnosu na odgovarajući cilj¹⁴.

1. Nejednako postupanje

32. Međutim, u ovom slučaju postoje dvojbe o nejednakom postupanju. Švedsko pravo, prema navodima suda koji je uputio zahtjev, dopušta prijeboj gubitka u okviru spajanja samo u slučaju kvalificiranog spajanja. Ono uvjetuje da društvo koje prestaje postojati (čiji se gubici trebaju iskoristiti) mora u Švedskoj imati oporezive prihode.

33. Time se švedski propis ne nadovezuje na prekogranični element, nego isključivo na obvezu plaćanja poreza na prihode. Spajanjem s društvom kćeri koje ima poslovni nastan u Švedskoj i ondje ostvaruje samo prihode izuzete od poreza, akumulirani gubici ne bi se mogli spajanjem prenijeti ni matičnom društvu. U tom pogledu švedski propis u svojem tekstu ne razlikuje između tuzemne i inozemne situacije. Nedostaje izravno diskriminirajuća narav spornog propisa.

34. Međutim, zabranjeni su i svi oblici prikrivene diskriminacije koji, primjenom drugih kriterija razlikovanja, dovode do istog rezultata¹⁵ (takozvana prikrivena odnosno neizravna diskriminacija).

35. Sud je u predmetu Hervis Sport odlučio da može postojati neizravna diskriminacija ako *većina* društava, koja se na temelju svojeg visokog prihoda vrlo progresivno oporezuju, pripada grupi povezanoj s drugom državom članicom¹⁶. Međutim, kao što sam već drugdje detaljnije iznijela, nije dovoljna samo *pretežna* obuhvaćenost inozemnih poduzetnika¹⁷.

36. Naprotiv, potrebni su stroži uvjeti. Tako ovdje treba samo obuhvatiti takve slučajeve koji strogo formalno promatrani nisu diskriminacija, ali imaju takve učinke¹⁸. Prikriveno diskriminirajući propis stoga mora sam po sebi¹⁹ osobito obuhvaćati inozemne poduzetnike.

37. U slučaju kriterija obveze plaćanja poreza na prihode na to treba odgovoriti potvrdno. Točno je da mogu postojati i tuzemni prihodi koji su izuzeti od poreza (to jest neoporezivi prihodi) u slučaju kojih nije moguće spajanje uz korištenje gubicima. Usto, mogu postojati poduzeća sa sjedištem u inozemstvu s tuzemnim prihodima (osobito u slučaju prihoda stalnih poslovnih jedinica), u slučaju kojih bi bilo moguće prekogranično spajanje uz određeno korištenje gubicima.

14 Vidjeti u tom smislu presude od 4. srpnja 2018., NN (C-28/17, EU:C:2018:526, t. 18.), od 25. veljače 2010., X Holding (C-337/08, EU:C:2010:89, t. 20.) i od 12. prosinca 2006., Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, EU:C:2006:774, t. 167.).

15 Vidjeti među ostalim presude od 5. prosinca 1989., Komisija/Italija (C-3/88, EU:C:1989:606, t. 8.), od 13. srpnja 1993., Commerzbank (C-330/91, EU:C:1993:303, t. 14.), od 14. veljače 1995., Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, t. 26.), od 8. srpnja 1999., Baxter i dr. (C-254/97, EU:C:1999:368, t. 10.), od 25. siječnja 2007., Meindl (C-329/05, EU:C:2007:57, t. 21.), od 18. ožujka 2010., Gielen (C-440/08, EU:C:2010:148, t. 37.), od 1. lipnja 2010., Blanco Pérez i Chao Gómez (C-570/07 i C-571/07, EU:C:2010:300, t. 117. i 118.), od 5. veljače 2014., Hervis Sport- és Divatkereskedelmi (C-385/12, EU:C:2014:47, t. 30.) i od 8. lipnja 2017., Van der Weegen i dr. (C-580/15, EU:C:2017:429, t. 33.; vidjeti također moje mišljenje u predmetu Hervis Sport- és Divatkereskedelmi (C-385/12, EU:C:2013:531, t. 34.).

16 Presuda od 5. veljače 2014., Hervis Sport- és Divatkereskedelmi (C-385/12, EU:C:2014:47, t. 39. i sljedeće)

17 Vidjeti u tom pogledu moje mišljenje u predmetu ANGED (C-233/16, EU:C:2017:852, t. 34. i sljedeće) i u predmetu Hervis Sport- és Divatkereskedelmi (C-385/12, EU:C:2013:531, t. 41.).

18 Vidjeti u tom pogledu moje mišljenje u predmetu ANGED (C-233/16, EU:C:2017:852, t. 38.) i u predmetu Hervis Sport- és Divatkereskedelmi (C-385/12, EU:C:2013:531, t. 40.).

19 Isto tako u području primjene slobode poslovnog nastana presuda od 1. lipnja 2010., Blanco Pérez i Chao Gómez (C-570/07 i C-571/07, EU:C:2010:300, t. 119.).

38. Međutim, oporezivanje društava samo je po sebi obilježeno dualizmom prihoda koji su oporezivi u tuzemstvu i prihoda koji nisu oporezivi u inozemstvu. Time značajka oporezivih prihoda sama po sebi sadržava teritorijalnu vezu. U tom pogledu obveza plaćanja poreza na prihode društva prenositelja kao kriterij za uzimanje u obzir gubitaka u okviru spajanja strukturno vodi do nepovoljnijeg tretmana spajanja s inozemnim društvima.

39. Ta razlika u postupanju može učiniti manje privlačnim ostvarivanje slobode poslovnog nastana osnivanjem društava kćeri u drugim državama članicama jer u slučaju spajanja matičnom društvu ne bi bilo moguće korištenje gubitaka. Međutim, ta razlika nije u skladu s odredbama Ugovora samo ako se odnosi na objektivno usporedive situacije.

2. Usporedivost

40. Prema sudskoj praksi Suda usporedivost situacije s prekograničnim elementom i unutarnje situacije treba ispitati vodeći računa o cilju predmetnih nacionalnih odredaba²⁰. Iz zahtjeva za prethodnu odluku ne može se jasno razaznati koji (subjektivni) cilj švedski zakonodavac nastoji postići svojim poreznim propisima u okviru spajanja.

41. Međutim, cilj svih poreznih propisa načelno je ostvarivanje prihoda za državu. U tom pogledu može se svakako govoriti o tome da ograničenje uračunavanja gubitaka koji nisu povezani s oporezivim prihodima služi osiguravanju poreznih prihoda. Švedski propis izričito predviđa tu vezu kada prijenos gubitaka na druge osobe putem spajanja veže uz postojanje oporezivih prihoda.

42. Njemačka smatra da u tom pogledu nedostaje usporedivost. To se obrazlaže upućivanjem na presudu Suda u predmetu *Timac Agro Deutschland*²¹ i moje mišljenje u predmetu *Komisija/Ujedinjena Kraljevina*²².

43. Dosad je Sud o pitanju usporedivosti domaćih i inozemnih stalnih poslovnih jedinica odlučivao na temelju toga izvršava li predmetna država članica ovlast oporezivanja nad inozemnim stalnim poslovnim jedinicama. Tako je izričito odlučio²³: „U ovom slučaju valja zaključiti da s obzirom na to da Savezna Republika Njemačka nema nikakvu nadležnost nad prihodima takve stalne poslovne jedinice i da odbijanje tih gubitaka više nije dopušteno u Njemačkoj, situacija stalne poslovne jedinice smještene u Austriji nije u pogledu mjera koje Savezna Republika Njemačka propisuje radi izbjegavanja ili ublažavanja dvostrukog oporezivanja dobiti rezidentnog društva usporediva s onom stalne poslovne jedinice smještene u Njemačkoj”. To bi stajalište moglo vrijediti i za društva kćeri sa sjedištem u inozemstvu koja se ne oporezuju u tuzemstvu.

44. Međutim, postoji ustaljena sudska praksa Suda o prekograničnom korištenju gubitaka između društava kćeri i društava majki u kojoj je usporedivost prešutno ili izričito potvrđena²⁴.

20 Presude od 4. srpnja 2018., NN (C-28/17, EU:C:2018:526, t. 31.), od 12. lipnja 2018., *Bevola i Jens W. Trock* (C-650/16, EU:C:2018:424, t. 32.), od 22. lipnja 2017., *Bechtel* (C-20/16, EU:C:2017:488, t. 53.), od 12. lipnja 2014., *SCA Group Holding i dr.* (C-39/13 do C-41/13, EU:C:2014:1758, t. 28.) i od 25. veljače 2010., *X Holding* (C-337/08, EU:C:2010:89, t. 22.)

21 Presuda od 17. prosinca 2015., *Timac Agro Deutschland* (C-388/14, EU:C:2015:829, t. 65.), koja upućuje na presude od 17. srpnja 2014., *Nordea Bank* (C-48/13, EU:C:2014:2087, t. 24.) i od 14. prosinca 2006., *Denkavit Internationaal i Denkavit France* (C-170/05, EU:C:2006:783, t. 34. i 35.).

22 C-172/13, EU:C:2014:2321, t. 26., međutim, u tom sam konkretnom slučaju dala pozitivan odgovor na pitanje usporedivosti (vidjeti točku 29.).

23 Presuda od 17. prosinca 2015., *Timac Agro Deutschland* (C-388/14, EU:C:2015:829, t. 65.), koja upućuje na presudu od 17. srpnja 2014., *Nordea Bank* (C-48/13, EU:C:2014:2087, t. 24.) i presuda od 14. prosinca 2006., *Denkavit Internationaal i Denkavit France* (C-170/05, EU:C:2006:783, t. 34. i 35.).

24 Presude od 4. srpnja 2018., NN (C-28/17, EU:C:2018:526, t. 35.), od 3. veljače 2015., *Komisija/Ujedinjena Kraljevina* (C-172/13, EU:C:2015:50, t. 22. i sljedeće), od 21. veljače 2013., *A* (C-123/11, EU:C:2013:84, t. 35.) i od 13. prosinca 2005., *Marks & Spencer* (C-446/03, EU:C:2005:763, t. 27. i sljedeće)

45. Usto, Sud je nedavno u predmetu A/S Bevola u pogledu konačnih gubitaka nerezidentne stalne poslovne jedinice ponovno izričito potvrdio usporedivost oporezovane tuzemne i neoporezovane inozemne stalne poslovne jedinice²⁵. To se primjenjuje *a fortiori* na oporezovana tuzemna i neoporezovana inozemna ovisna društva kćeri.

46. U konačnici, kriterij usporedivosti je nejasan. S obzirom na činjenicu da su sve situacije u nekom aspektu usporedive ako nisu identične²⁶, trebalo bi odustati od ispitivanja tog pitanja²⁷.

47. S obzirom na to treba dakle pretpostaviti usporedivost. Postojeće razlike – nepostojanje simetrije između oporezivanja dobiti i uzimanja u obzir gubitaka²⁸ – u slučaju inozemnog i tuzemnog društva prenositelja treba uzeti u obzir tek na razini opravdanja. Stoga postoji ograničenje slobode poslovnog nastana.

3. Opravdanje

48. Ograničenje slobode poslovnog nastana može biti opravdano važnim razlozima u općem interesu. Razlozi za opravdanje u ovom slučaju može biti očuvanje uravnotežene raspodjele ovlasti za oporezivanje među državama članicama te sprečavanje dvostrukog uzimanja u obzir gubitaka (iako se oporezuje samo jednom)²⁹. Usto je potrebno da mjera bude prikladna za jamčenje ostvarenja zadanog cilja i da ne prekoračuje ono što je nužno da bi ga se postiglo³⁰.

a) Prvo pitanje: relevantnost nepostojanja prijenosa gubitaka na drugi subjekt spajanjem prema pravilima države društva prenositelja

49. Prvim pitanjem sud koji je uputio zahtjev pita je li za opravdanje švedskog ograničenja odbitka gubitka relevantno da prema pravu države društva prenositelja (ovdje prema njemačkom pravu) ne postoji mogućnost isticanja gubitaka prilikom spajanja s drugim subjektom oporezivim u Njemačkoj.

50. Sud³¹ je odlučio da temeljne slobode načelno ne nalažu prekogranično korištenje gubicima u grupi društava. Samo u slučaju takozvanih *konačnih gubitaka* neproporcionalno je ako država članica matičnom društvu odbija uzimanje u obzir gubitaka iako je inozemno društvo kći iscrpilo sve mogućnosti uzimanja u obzir gubitaka i više ne postoji mogućnost da se ti gubici i na kakav način još uzmu u obzir. To mora dokazati porezni obveznik³². Međutim, samim prestankom društva nakon spajanja ne može se dokazati da ne postoji mogućnost uzimanja u obzir gubitka u državi sjedišta društva kćeri³³.

25 Presuda od 12. lipnja 2018., Bevola i Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, t. 38. i 39.)

26 Točno je da njemačka poslovica kaže da se ne mogu uspoređivati jabuke i kruške. Međutim i jabuke i kruške imaju sličnosti (oboje je koštičavo voće) te su stoga u tom pogledu i usporedive.

27 To sam Sudu već predložila u svojem mišljenju u predmetu Nordea Bank (C-48/13, EU:C:2014:153, t. 21. do 28.).

28 Vidjeti u tom pogledu izričito presude od 6. rujna 2012., Philips Electronics (C-18/11, EU:C:2012:532) i od 15. svibnja 2008., Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, t. 33.).

29 Presuda od 13. prosinca 2005., Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, t. 43. i sljedeće)

30 Presude od 29. studenoga 2011., National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, t. 42.), od 12. rujna 2006., Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, t. 47.) i od 13. prosinca 2005., Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, t. 35.)

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

32 Presuda od 13. prosinca 2005., Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, t. 55. i 56.)

33 Presuda od 21. veljače 2013., A (C-123/11, EU:C:2013:84, t. 51. i 52.)

1) Izbjegavanje dvostrukog uzimanja u obzir gubitaka kao razlog za opravdanje

51. U ovom slučaju moglo bi se prihvatiti opravdanje izbjegavanja dvostrukog uzimanja u obzir gubitaka. Čini se da dvostruko uzimanje u obzir gubitaka u ovom slučaju nije isključeno. Prema navodima suda koji je uputio zahtjev društvo Memira još raspolaže s određenom likvidnom imovinom. Zadaća je nacionalnog suda da u pogledu tog razloga za opravdanje utvrdi je li društvo Memira stvarno dokazalo da je njemačko društvo kći u tom pogledu zaista iscrpilo sve mogućnosti uzimanja u obzir gubitaka koje su predviđene u Njemačkoj³⁴. Ako nije, tada ne postoje ni konačni gubici.

2) Očuvanje uravnotežene raspodjele ovlasti oporezivanja kao razlog za opravdanje

52. Što se tiče uravnotežene raspodjele ovlasti oporezivanja među državama članicama, valja podsjetiti da se radi o legitimnom cilju koji je Sud priznao³⁵ zbog kojeg bi moglo biti nužno da se na gospodarske djelatnosti poreznih obveznika sa sjedištem u jednoj od navedenih država članica primijene samo porezna pravila te države, kako u pogledu dobiti tako i u pogledu gubitaka³⁶.

53. Međutim, u ovom slučaju, na temelju tog razloga za opravdanje, pretpostavka konačnih gubitaka koje treba uzeti u obzir isključena je iz dvaju razloga. S jedne strane, uzimanje u obzir gubitaka društva kćeri koji su tijekom godina ostvareni u Njemačkoj povrijedilo bi poreznu autonomiju država članica (odjeljak i.). S druge strane, u ovom slučaju nije ispunjena pretpostavka doduše pravno iskoristivih, ali stvarno neiskoristivih gubitaka (odjeljak ii.).

i) Uzimanje u obzir porezne autonomije država članica

54. Kao što je Sud već presudio, temeljne slobode ne mogu imati za učinak nametanje državi članici sjedišta navedenog matičnog društva da predvidi uzimanje u obzir gubitaka u korist tog društva u iznosu koji je nastao isključivo u poreznom sustavu druge države članice, što bi ograničilo poreznu autonomiju prve države izvršavanjem ovlasti oporezivanja druge države članice³⁷.

– Isključenje prijenosa gubitaka na drugi subjekt u okviru spajanja u državi društva kćeri

55. U tom je pogledu Sud izričito³⁸ naveo da „konačnost gubitaka društva kćeri nerezidenta u smislu točke 55. presude Marks & Spencer³⁹ ne može proizići iz činjenice da država članica u kojoj je to društvo kći rezident isključuje svaku mogućnost prijenosa gubitaka u buduća razdoblja⁴⁰“. Naime, u tom bi slučaju država članica svoje porezno zakonodavstvo morala prilagoditi poreznom zakonodavstvu druge države članice.

34 Vidjeti u tom smislu i presudu od 21. veljače 2013., A (C-123/11, EU:C:2013:84, t. 54.).

35 Presude od 7. studenoga 2013., K (C-322/11, EU:C:2013:716, t. 50.), od 29. studenoga 2011., National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, t. 45.), od 6. rujna 2012., Philips Electronics (C-18/11, EU:C:2012:532, t. 23.); presuda od 13. prosinca 2005., Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, t. 45. i 46.).

36 Presude od 7. studenoga 2013., K (C-322/11, EU:C:2013:716, t. 50.), od 15. svibnja 2008., Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, t. 31.), od 18. srpnja 2007., Oy AA (C-231/05, EU:C:2007:439, t. 54.) i od 13. prosinca 2005., Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, t. 45.).

37 U tom smislu već presude od 21. prosinca 2016., Masco Denmark i Damixa (C-593/14, EU:C:2016:984, t. 41.) i od 30. lipnja 2011., Meilicke i dr. (C-262/09, EU:C:2011:438, t. 33.).

38 Presuda od 3. veljače 2015., Komisija/Ujedinjena Kraljevina (C-172/13, EU:C:2015:50, t. 33.).

39 Presuda od 13. prosinca 2005. (C-446/03, EU:C:2005:763).

40 Vidjeti presudu od 7. studenoga 2013., K (C-322/11, EU:C:2013:716, t. 75. do 79. kao i navedenu sudsku praksu).

56. Ako u skladu sa sudskom praksom Suda⁴¹ konačnost gubitaka ne može proizlaziti iz činjenice da država članica u kojoj je društvo kći rezident isključuje svaku mogućnost prijenosa gubitaka u buduća razdoblja, tada to mora vrijediti i za isključivanje prijenosa gubitka na treću osobu (ovdje u okviru spajanja). Već zbog toga švedski propis nije neproporcionalan.

– *Konačnost prenesenih gubitaka*

57. U svakom slučaju, Sud je već presudio da se temeljne slobode ne protive tome da gubitak koji je moguće prekogranično uračunati uvijek na kraju poreznog razdoblja treba utvrditi kao konačan gubitak⁴². Stoga svaki gubitak koji se može prenijeti u buduća razdoblja – u svakom slučaju *prima facie*⁴³ – nije konačan. To je važno u ovom slučaju jer se traži uračunavanje gubitaka koji su tijekom godina preneseni u Njemačkoj.

58. Ti akumulirani (preneseni) gubici koji se jedne godine smatraju nekonačnim (jer su prenosivi u buduća razdoblja ili je njihovo uračunavanje isključeno prema nacionalnom pravu) ne mogu, međutim, kasnije postati konačnim gubicima zato što je zbog prestanka društva isključen daljnji prijenos gubitka u buduća razdoblja.

59. U protivnom bi se ponajprije uspješne aktivnosti u Njemačkoj oporezivale samo u Njemačkoj, dok bi se s druge strane kasnije aktivnosti koje stvaraju gubitke financirale poreznim prihodima drugih država. To bi se protivilo osiguravanju uravnotežene raspodjele ovlasti oporezivanja.

60. Sud slično tomu u presudi Komisija/Ujedinjena Kraljevina smatra da se, ako u jednom trenutku ne postoji konačnost, naknadno više ništa ne mijenja⁴⁴. U svakom slučaju, stajališta u tom predmetu upućuju na to da gubitak društva kćeri ostvaren u posljednjoj godini njegova prestanka svakako još mora biti moguće nekako (prekogranično) uračunati, ali isto ne mora biti moguće za dotad akumulirane i u skladu s nacionalnim (ovdje njemačkim) pravom prenesene gubitke⁴⁵. Stoga sloboda poslovnog nastana ne nalaže prekogranično uračunavanje tih prenesenih gubitaka.

– *Pravo izbora poreznog obveznika*

61. Osim toga, pravo izbora poreznog obveznika protivi se načelu autonomije poreznih sustava. Ako bi društvima – kako to Sud izričito navodi⁴⁶ – bila dana mogućnost izbora uzimanja u obzir njihovih gubitaka u državi članici njihova poslovnog nastana ili u drugoj državi članici osjetno bi se ugrozila uravnotežena raspodjela ovlasti za oporezivanje među državama članicama, s obzirom na to da se porezna osnovica povećava u prvoj državi te se u drugoj smanjuje do visine prenesenih gubitaka.

62. Ograničenje uzimanja u obzir gubitaka na društva s oporezivim prihodima u Švedskoj u okviru spajanja objašnjava se upravo okolnošću da bi u protivnom unutar grupe društava postojalo pravo izbora, kao što to navodi i Komisija. Grupa bi mogla slobodno birati u kojoj državi članici (država sjedišta bilo kojeg društva preuzimatelja iz grupe društava) u slučaju neuspjeha želi iskoristiti gubitke svojih društava. To gledište treba uzeti u obzir u pogledu prihvaćanja i definicije „konačnih gubitaka”.

41 Presude od 3. veljače 2015., Komisija/Ujedinjena Kraljevina (C-172/13, EU:C:2015:50, t. 33.) i od 17. prosinca 2015., Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829, t. 54.)

42 Presuda od 3. veljače 2015., Komisija/Ujedinjena Kraljevina (C-172/13, EU:C:2015:50, t. 31. i 36.)

43 Savezna Republika Njemačka stoga smatra da gubitak nastao u posljednjoj godini zbog činjenične nemogućnosti prijenosa treba smatrati takozvanim konačnim gubitkom, dok preneseni gubici iz prethodnih razdoblja više ne gube svoju narav nekonačnih gubitaka.

44 Vidjeti presudu od 3. veljače 2015. (C-172/13, EU:C:2015:50, t. 37.).

45 Tako se djelomično razumije i Sud Europske unije – vidjeti mišljenje Njemačke u ovom postupku i, primjerice, David Eisendle, „Grenzüberschreitende Verlustverrechnung im Jahre 11 nach Marks & Spencer”, *ISR* 2016, 37 (42).

46 Presude od 15. svibnja 2008., Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, t. 32.), od 18. srpnja 2007., Oy AA (C-231/05, EU:C:2007:439, t. 55.) i od 13. prosinca 2005., Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, t. 46.)

63. Spajanja s društvima kćerima s velikim prijenosima gubitaka iz prethodnih poreznih razdoblja mogla bi se premjestiti u takve zemlje koje – kao što je slučaj u Švedskoj – dopuštaju prijenos gubitaka spajanjem ako spajanje uz iskorištavanje gubitaka nije moguće u državi društva kćeri. Ovisno o tome u kojoj državi članici grupa društava raspolaže odgovarajućom dobiti i u kojoj bi državi članici morala platiti najviši porez, odgovarajuće spajanje bilo bi najučinkovitije. To vrijedi tim više jer švedski propisi o spajanju ne uvjetuju da oba društva pripadaju istoj grupi društava, kao što je slučaj s činjeničnim stanjem iz presude Marks & Spencer⁴⁷.

64. Iz te presude uostalom proizlazi – u skladu s načelom teritorijalnosti – prednost u primjeni iskorištavanja gubitka u državi sjedišta, ovdje u Njemačkoj. Iako njemačko porezno zakonodavstvo ne dopušta prijenos gubitaka na drugi subjekt spajanjem, ono pri prijenosu udjela u svrhu sanacije nestabilnog društva ipak dopušta očuvanje gubitaka i u konačnici njihovo korištenje od novog vlasnika udjela⁴⁸. I to je razlog zašto društvo Memira ne može izabrati uzimanje u obzir gubitaka u Švedskoj.

ii) Treba li razlikovati stvarnu i pravnu konačnost?

65. Gotovo sve stranke u postupku u tom kontekstu za ocjenu konačnosti gubitka razlikuju između pravno i stvarno neiskoristivih (to jest konačnih) gubitaka.

66. Gubici koji nisu upotrebljivi jer ih država članica u kojoj su nastali pravno ne priznaje ili su zbog pravnih ograničenja neiskoristivi (primjerice ne mogu se prenijeti na sljedeću ili prethodnu godinu), ne bi trebali biti konačni gubici u smislu sudske prakse Suda. Samo takvi gubici koji bi bili pravno iskoristivi, ali se stvarno u budućnosti ne mogu iskoristiti, mogli bi se smatrati konačnim gubicima. To je uvjerljivo zbog autonomije poreznih sustava (vidjeti točku 54. i sljedeće ovog mišljenja).

67. Međutim, čini mi se dvojbeno mogu li uopće postojati pravno iskoristivi, ali stvarno neiskoristivi gubici. To želim prikazati na primjeru. Jedini slučaj u kojem bi unatoč neograničenoj mogućnosti prenošenja gubitka na sljedeću ili prethodnu godinu preostao gubitak bio bi slučaj sasvim neprofitabilnog poduzeća koje nikada nije ostvarilo dovoljnu dobit, čak i nakon što je prodana sva imovina. U tom slučaju ni gubitak prošle godine unatoč mogućnosti prenošenja na prethodnu godinu ne bi (*de facto*) imao učinak.

68. Ali i u tom slučaju postojala bi mogućnost da se ti gubici prodajom poduzeća u konačnici prenesu na kupca⁴⁹ ako to dopušta država članica sjedišta. Kupac će vrijednost postojećih gubitaka uzeti u obzir pri kupovnoj cijeni poduzeća tako da prodavatelj u tom pogledu „realizira” te gubitke.

69. Ako pojedini pravni sustav omogućuje prijenos gubitaka na druge osobe, iskorištavanje tih gubitaka je i uvijek *de facto* moguće. Ono možda u pojedinom slučaju nije osobito uspješno jer stjecatelj poduzeća s gubicima neće nužno potrošiti mnogo novaca za takvo poduzeće. Međutim, to ništa ne mijenja na stvarnoj iskoristivosti gubitaka.

70. Stoga se konačnost gubitaka i u ovom slučaju temelji na pravnom sustavu države članice (isključenje svake mogućnosti prenošenja gubitaka na drugu osobu) ili na odluci poreznog obveznika da društvo ne proda, nego da ono prestane postojati spajanjem. Međutim, u oba slučaja nije jasno zašto bi izostanak uzimanja u obzir gubitaka u drugoj državi članici bio onda neproporcionalan. Sud opravdano zahtijeva da su iskorištene sve mogućnosti uzimanja u obzir gubitaka. To uključuje i prijenos gubitaka na treću osobu prodajom.

⁴⁷ Presuda od 13. prosinca 2005. (C-446/03, EU:C:2005:763)

⁴⁸ Odgovarajuća odredba članka 8.c Körperschaftsteuergesetza (njemački Zakon o porezu na dobit) tek je nedavno kao takozvana sanacijska klauzula bila predmet postupka pred Sudom (presuda od 28. lipnja 2018., Andres (stečaj Heitkamp BauHolding)/Komisija (C-203/16 P, EU:C:2018:505).

⁴⁹ Na to se, primjerice, Sud izričito osvrnuo u presudi od 21. veljače 2013., A (C-123/11, EU:C:2013:84, t. 52. i sljedeće).

iii) Konačni gubici u smislu presude Bevola?

71. Tomu se ne protivi ni novija presuda Bevola⁵⁰. S jedne strane, Sud je u tom predmetu „samo” prenio iznimku iz predmeta Marks & Spencer na „konačne” gubitke stalnih poslovnih jedinica i nije doveo u pitanje gore navedena ograničenja⁵¹. Osobito se nije detaljnije očitovao o pitanju kada postoje konačni gubici.

72. S druge strane, u toj se novijoj presudi pretežito⁵² argumentira načelom platne sposobnosti. To je možda razumljivo u situacijama koje se odnose na stalne poslovne jedinice s obzirom na to da su stalne poslovne jedinice pravno nesamostalni dio poduzeća poreznog obveznika. Međutim, u slučaju društava kćeri i unuka ta argumentacija ne može se prihvatiti. Ona su samostalne pravne osobe koje imaju samostalnu financijsku platnu sposobnost (ako se pod time razumije sposobnost plaćanja poreza iz svojih prihoda)⁵³. Sud, pravilno, nije presudio da je za pravilno oporezivanje platne sposobnosti društva majke nužno uzeti u obzir gubitke društva kćeri.

73. Naprotiv, prijeboj unutar grupe, poreznopravno gledano, izuzeće je od načela platne sposobnosti jer se zajedno računa platna sposobnost više pravnih subjekata. Stoga se uključivanje daljnjih pravnih subjekata u svakom slučaju ne može opravdati načelom oporezivanja prema platnoj sposobnosti.

74. Upravo suprotno, čak se i protivi načelu oporezivanja prema platnoj sposobnosti ako država članica uzima u obzir samo jednu stranu (to jest samo prihode ili samo rashode). Prema mojim saznanjima ne postoji opće poreznopravno načelo ni opće načelo prava Unije da se na kraju životnog ciklusa pravne osobe svi gubici na neki način moraju poravnati. Načelo platne sposobnosti osobito ne nalaže izvoz gubitaka u druge države članice.

75. U ovom slučaju stoga ni u skladu s kriterijima iz presude Bevola ne postoje konačni gubici koje je moguće odbiti, koji se mogu izvesti iz Njemačke u Švedsku.

iv) Međuzaključak uzimajući u obzir „pošteno unutarnje tržište”

76. Taj zaključak na temelju sudske prakse uvjerljiv je i u pogledu „poštenog” unutarnjeg tržišta, koje s obzirom na takozvanu BEPS raspravu⁵⁴ ponovno plijeni nešto više pozornosti. Naime, mogućnost prekograničnog prijeboja gubitaka za konačne gubitke upravo bi u posebnoj situaciji kao u ovom slučaju prije svega stavljala velike grupe društava s prekograničnim poslovanjem u povoljniji položaj u odnosu na manja poduzeća (koja u pravilu nemaju prekogranične aktivnosti). Ako, primjerice, društvo Memira zna da se u konačnici kumulirani gubici iz njemačkog poslovnog modela mogu prebiti s dobiti drugih društava grupe u drugim državama članicama, društvo Memira može pri pokušaju da se pozicionira na njemačkom tržištu potpuno drukčije pristupiti tržišnom natjecanju kao njemački sudionik koji mora pretpostaviti da će njegovi gubici nestati ako obustavi svoju poslovnu aktivnost u Njemačkoj. Za društvo Memira bi „njemački gubici” bili puno manje opterećenje nego za tuzemnog konkurenta bez odgovarajuće strukture grupe društava.

50 Presuda od 12. lipnja 2018., Bevola i Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, t. 61. i sljedeće)

51 Naprotiv, Sud je izričito zadužio nacionalni sud da utvrdi postoje li uopće pretpostavke za prihvaćanje postojanja konačnog gubitka – vidjeti presudu od 12. lipnja 2018., Bevola i Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, t. 65.).

52 Presuda od 12. lipnja 2018., Bevola i Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, t. 39. i 59.); vidjeti također presudu od 4. srpnja 2018., NN (C-28/17, EU:C:2018:526, t. 35.).

53 Pretpostavka pravno relevantne prekogranične platne sposobnosti grupa društava otvorila bi samo nove organizacijske perspektive za velike međunarodne grupe društava. Upitna je stoga presuda od 4. srpnja 2018., NN (C-28/17, EU:C:2018:526, t. 35.).

54 Pod time se pojednostavljeno rečeno razumije porezna organizacija takozvanih multinacionalnih grupa društava koje u okviru dosadašnjih poreznih sustava imaju (pravno zakonite) mogućnosti minimizirati svoje porezne osnovice u zemljama s visokim porezima i prenijeti dobit u zemlje s niskim porezima (*Base Erosion and Profit Shifting*).

77. Uzimajući to u obzir i uz dosljednu primjenu sudske prakse Suda (vidjeti u tom pogledu točku 51. i sljedeće s navedenom sudskom praksom), dolazi se do sljedećeg zaključka: ako je korištenje gubitaka pravno isključeno u državi sjedišta društva kćeri, ne postoje konačni gubici. Ako je korištenje gubitaka u državi sjedišta moguće, porezni obveznik mora iscrpiti tu mogućnost. To prema presudi Marks & Spencer⁵⁵ obuhvaća i realizaciju gubitaka prijenosom na treću osobu, što se u ovom slučaju nije dogodilo. U tom se pogledu može stoga utvrditi da društvo Memira nema konačne gubitke.

78. Stoga u ovom slučaju isključenje prijeboja gubitaka u okviru spajanja društva kćeri sa sjedištem u inozemstvu, koje se ne oporezuje u tuzemstvu, od strane Švedske nije neproporcionalno.

3) Odgovor na prvo pitanje

79. Stoga na prvo pitanje treba odgovoriti: članak 49. u vezi s člankom 54. UFEU-a za prekogranični prijeboj gubitka uvjetuje da je pravno moguće uzeti u obzir gubitke u državi sjedišta društva kćeri te da je tu mogućnost porezni obveznik iskoristio. U takvu mogućnost uzimanja u obzir ubraja se i realizacija gubitaka spajanjem s trećom osobom ili realizacija prodajom društva trećoj osobi. Prvo nije moguće u Njemačkoj, potonje je moguće u ograničeno mjeri, ali društvo Memira tu mogućnost nije iskoristilo. Stoga u svakom slučaju ne postoje pretpostavke za prihvatanje postojanja konačnog gubitka.

b) Drugo pitanje: relevantnost konkretne mogućnosti spajanja u grupi društava

80. Svojim drugim pitanjem sud koji je uputio zahtjev pita mijenja li se ocjena konačnosti u slučaju kada je spajanje uz iskorištavanje gubitaka isključeno u državi sjedišta ako u konkretnom slučaju stvarno „ne postoji drugi subjekt koji je mogao odbiti gubitak da je to ondje dopušteno”.

81. To je pitanje nešto teže razumljivo jer je jedva zamislivo da u cijeloj Njemačkoj ne bi postojao nijedan drugi subjekt koji bi mogao odbiti gubitke. Stoga se misli na to postoje li konačni gubici i ako Memira – kao što je to Italija razradila u svojem očitovanju – konkretno još ima drugo društvo unutar grupe u Njemačkoj s kojim bi bilo moguće spajanje ili je za negativan odgovor o postojanju konačnosti dovoljno da bi apstraktno gubici u slučaju spajanja s društvom grupe u Njemačkoj nestali.

82. Odgovor proizlazi već iz činjenice da ne mogu postojati pravno iskoristivi, ali stvarno neiskoristivi gubici (vidjeti u tom pogledu točku 67. i sljedeće ovog mišljenja). U tom pogledu nije relevantno ima li Memira u konkretnom slučaju još jedno društvo unutar grupe u Njemačkoj.

83. Osim toga, odgovor na drugo pitanje također proizlazi već iz sudske prakse Suda. Prema toj sudskoj praksi prekogranično uzimanje u obzir „inozemnih” gubitaka dolazi u obzir samo ako je društvo kći nerezident iscrpilo mogućnosti uzimanja u obzir gubitaka koje su predviđene u državi njegova sjedišta, prema potrebi prijenosom na treću osobu, i ako više ne postoji mogućnost da te gubitke uzme u obzir treća osoba (u državi sjedišta)⁵⁶. Sud izričito govori o trećoj osobi, a ne o drugoj osobi koja pripada grupi društava, kao što u konačnici više ili manje naglašavaju sve države članice koje sudjeluju u postupku.

84. U tom smislu moguć je prijenos na bilo koju treću osobu (u to se ubraja i ekonomski prijenos gubitka pri prodaji društva na nove vlasnike udjela) tako da je isključeno postojanje konačnih gubitaka u smislu presude Marks & Spencer. Ili je pak država članica pravno isključila mogućnost prijenosa gubitka (kao u Njemačkoj primjerice u pogledu spajanja). Tada također nije neproporcionalno ako se takvo isključenje uzme u obzir i u državi matičnog društva.

⁵⁵ Presuda od 13. prosinca 2005. (C-446/03, EU:C:2005:763, t. 55.)

⁵⁶ Presude od 13. prosinca 2005., Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, t. 55.) i od 21. veljače 2013., A (C-123/11, EU:C:2013:84, t. 56. *in fine*)

VI. Zaključak

85. Slijedom navedenog, predlažem da se na prethodna pitanja Högsta förvaltningsdomstola (Vrhovni upravni sud, Švedska) odgovori na sljedeći način:

- „1. Članak 49. u vezi s člankom 54. UFEU-a za prekogranični prijeboj gubitka uvjetuje da je pravno moguće uzeti u obzir gubitke u državi sjedišta društva kćeri te da je tu mogućnost porezni obveznik iskoristio. U takvu mogućnost uzimanja u obzir ubraja se i realizacija gubitaka spajanjem s trećom osobom ili realizacija prodajom društva trećoj osobi.
2. Za takav zaključak nije važno ima li grupa društava u konkretnom slučaju još druga društva u državi članici društva kćeri kojima bi bilo moguće prenijeti gubitak.”