



Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNE ODVJETNICE
JULIANE KOKOTT
od 1. ožujka 2018.¹

Predmet C-119/16

**C Danmark I
protiv
Skatteministeriet**

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Østre Landsret (Žalbeni sud regije Istok, Danska))

„Zahtjev za prethodnu odluku – Direktiva 2003/49/EZ o zajedničkom sustavu oporezivanja isplate kamata i licencije između povezanih trgovačkih društava različitih država članica (takozvana Direktiva o kamatama i licencijama) – Pojam ovlaštenog korisnika – Djelovanje u vlastito ime za tuđi račun – Utjecaj komentara predložka porezne konvencije OECD-a na tumačenje direktive EU-a – Zloupotreba mogućih poreznih aranžmana – Kriteriji za postojanje zloupotrebe pri izbjegavanju poreza po odbitku – Zloupotreba iskorištavanjem nepostojanja sustava za razmjenu informacija među državama – Izravna primjena neprenesene odredbe direktive – Tumačenje nacionalnih načela za sprječavanje zloupotreba u skladu s pravom Unije”

I. Uvod

1. U ovom slučaju Sud je, kao i u tri daljnja usporedna postupka², pozvan odlučiti u kojim okolnostima građanskopravnog ovlaštenog korisnika kamata treba smatrati i ovlaštenim korisnikom u smislu Direktive o kamatama i licencijama³. Pritom valja razjasniti treba li pri tumačenju prava Unije uzeti u obzir i komentare OECD-a o njegovim predlošcima porezne konvencije, osobito ako su oni izmijenjeni nakon donošenja direktive. Nadalje, postavlja se pitanje definicije i izravne primjenjivosti zabrane zloupotrebe iz prava Unije.

2. U ovom su slučaju dva društva koja su rezidenti u Švedskoj naknadno uključena u postojeću poduzetničku strukturu. Time se, među ostalim, izbjegava danski porez po odbitku na isplate kamata, jer Direktiva o kamatama i licencijama u načelu od poreznog opterećenja izuzima isplate kamata ako je primatelj povezano društvo u drugoj državi članici. Prema švedskom pravu ne primjenjuje se oporezivanje po odbitku ako se kamate isplaćuju matičnom društvu – koje je rezident Kajmanskih Otoka.

¹ Izvorni jezik: njemački

² Konkretno to su predmeti C-115/16, C-118/16 (oba spojena s C-119/16) i C-299/16.

³ Direktiva Vijeća 2003/49/EZ od 3. lipnja 2003. o zajedničkom sustavu oporezivanja isplate kamata i licencije između povezanih trgovačkih društava različitih država članica (SL 2003., L 157, str. 49.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 9., svezak 1., str. 76.)

3. Ključno pitanje koje se postavlja ovdje kao i u drugim navedenim postupcima jest koliko daleko može ići porezni obveznik (ovdje multinacionalna grupa društava) u oblikovanju strukture društava kako bi smanjio svoju poreznu obvezu, osobito kako bi minimizirao konačno opterećenje porezom po odbitku na isplate kamata unutar grupe. Gdje se točno nalazi granica između dopuštenog poreznog aranžmana i također zakonitog, ali zlouporabnog poreznog aranžmana?

4. S obzirom na politički uzavreću atmosferu protiv poreznih praksi određenih globalno aktivnih koncerna, to nije jednostavna zadaća za Sud i ne bi trebalo svako ponašanje pojedinca čiji je cilj smanjenje porezne obveze proglasiti zlouporabom. Vozač automobila koji nakon povećanja poreza na vozila zbog financijskih razloga proda svoj automobil zasigurno namjerno izbjegava porez na vozila. Međutim, to se ne može smatrati zlouporabom čak i ako je jedini motiv bila ušteda poreza.

II. Pravni okvir

A. Pravo Unije

5. Okvir prava Unije u ovom je slučaju Direktiva Vijeća 2003/49 i članci 43., 48. i 56. UEZ-a (sada članci 49., 54. i 63. UFEU-a).

6. Uvodnim izjavama 1. do 6. Direktive 2003/49 uređuje se:

- „(1) Jedinstveno tržište ima značajke unutarnjeg tržišta, transakcije između trgovačkih društava različitih država članica ne bi se trebale oporezivati pod nepovoljnijim poreznim uvjetima od onih koji se primjenjuju za istu transakciju izvršenu između trgovačkih društava u istoj državi članici.
- (2) Ovaj se zahtjev trenutačno ne izvršava pri isplati kamata i licencije; nacionalni porezni zakoni zajedno s bilateralnim i multilateralnim sporazumima, gdje postoje, ne mogu uvijek osigurati izbjegavanje dvostrukog oporezivanja. Njihova primjena također često donosi sa sobom i opterećujuće upravne formalnosti i probleme u protoku novca za ta trgovačka društva.
- (3) Potrebno je osigurati da se isplate kamata i licencije oporezuju samo jednom u državi članici.
- (4) Najpogodniji način izbjegavanja gore navedenih formalnosti i problema te osiguranja jednakog poreznog tretmana unutarnjih i vanjskih transakcija je neoporezivanje isplaćenih kamata i licencije u državi članici gdje oni nastaju bez obzira ubiru li se oduzimanjem na izvoru ili razrezom. Posebno treba zabraniti takve poreze pri isplatama između povezanih trgovačkih društava različitih država članica kao i između poslovnih nastana takvih poduzeća.
- (5) Dogovori se primjenjuju na onaj iznos, ukoliko postoji, isplaćenih kamata i licencije koji je dogovoren između isplatitelja i ovlaštenog korisnika u odsutnosti posebnih odnosa.
- (6) Nadalje, potrebno je omogućiti državama članicama poduzimanje odgovarajućih mjera za borbu protiv utaje ili zlouporabe.”

7. Članak 1. stavak 1. Direktive 2003/49 glasi kako slijedi:

„Isplate kamata i licencije koje nastaju u državi članici ne oporezuju se u navedenoj državi, bez obzira radi li se o odbitku na izvoru ili razrezu, uz uvjet da je ovlašten korisnik kamata ili licencija poduzeće iz druge države članice ili poslovni nastan trgovačkog društva jedne države članice u drugoj državi članici.”

8. Člankom 1. stavkom 4. Direktive 2003/49 nadalje se uređuje:

„Trgovačko društvo države članice smatra se ovlaštenim korisnikom kamata ili licencija samo ako prima te isplate za svoju vlastitu dobrobit, a ne kao posrednik, kao što je to npr. agent, [povjerenik] ili ovlašteni potpisnik za neku drugu osobu.”

9. Članak 1. stavak 7. Direktive 2003/49 glasi:

„Ovaj se članak primjenjuje samo ako je trgovačko društvo koje je isplatitelj ili trgovačko društvo čiji je poslovni nastan isplatitelj kamate ili licencija pridruženo trgovačkom društvu koje je ovlašten korisnik ili čiji se poslovni nastan smatra ovlaštenim korisnikom te kamate ili tih licencija.”

10. Članak 5 Direktive 2003/49 pod naslovom „Prijevara i zlouporaba” sadržava sljedeće odredbe:

„1. Ova Direktiva ne sprječava primjenu domaćih odredaba ili odredaba na temelju sporazuma potrebnih za sprečavanje prijevara ili zlouporaba.

2. Države članice mogu u slučaju transakcija čiji je glavni motiv ili jedan od glavnih motiva utaja poreza, izbjegavanje ili zlouporaba poreza, povući pogodnosti ove Direktive ili odbiti primjenu ove Direktive.”

B. Međunarodno javno pravo

11. Nordijski ugovor o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja od 23. rujna 1996. (s kasnijim izmjenama) u članku 11. stavku 1. sadržava sljedeću odredbu o podjeli ovlasti oporezivanja kamata:

„1. Kamate koje potječu iz države ugovornice i koje se isplaćuju osobi koja je rezident u drugoj državi ugovornici mogu se oporezivati u toj drugoj državi samo ako je ta osoba ovlašten korisnik kamata.”

12. Iz toga proizlazi da država izvora, ovdje Danska, ne može oporezivati kamate koje se isplaćuju osobi koja je rezident u Švedskoj ako je ta osoba „ovlašten korisnik” kamata. Pojam „ovlašten korisnik” nije detaljnije definiran u UIDO-u.

C. Dansko pravo

13. Prema podacima suda koji je uputio zahtjev, u spornim je godinama dansko pravo glasilo kako slijedi:

14. Zakonom o oporezivanju dioničkih društava (u daljnjem tekstu: Zakon o porezu na dobit⁴) uređuje se u članku 2. stavku 1. točki (d) ograničena porezna obveza inozemnih društava za kamate koje su knjižila ili isplatila danska društva:

„Članak 2. U skladu s ovim zakonom porezni obveznici su nadalje društva, udruženja itd. u smislu članka 1. stavka 1. sa sjedištem u inozemstvu, ako oni [...]

d) iz tuzemnih izvora primaju kamate koje se odnose na obvezu koju (društvo danskog prava) ili [...] (poslovna jedinica inozemnog društva) [...] ima prema inozemnim pravnim osobama, koje su navedene u članku 3. B Skattekontrollova [Zakon o poreznom nadzoru] (kontrolirana obveza). Porezna obveza ne obuhvaća kamate ako se one na temelju Direktive 2003/49/EZ o zajedničkom

⁴ Bekendtgørelse af lov om indkomstbeskatning af aktieselskaber m.v., selskabsskatteloven - Lovbekendtgørelse nr. 1037 af 24. august 2007 (Zakonodavni dekret br. 1037 od 24. kolovoza 2007.)

sustavu oporezivanja isplate kamata i licencije između povezanih trgovačkih društava različitih država članica ili na temelju ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja sklopljenog s Farskim Otocima, Grenlandom ili državom u kojoj društvo itd. koje ih prima ima svoje sjedište, ne oporezuju ili se oporezuju u manjem iznosu. Međutim, to vrijedi samo u slučaju ako su društvo isplatitelj i društvo primatelj povezani u smislu te direktive u referentnom razdoblju od najmanje jedne godine unutar kojeg se nalazi trenutak isplate.”

15. U konačnici, ograničenom poreznom obvezom u 2007. nisu bile obuhvaćene kamate isplaćene matičnom društvu na koje se u skladu s Direktivom 2003/49 ili UIDO-om ne plaća porez ili se plaća niži porez.

16. Suprotno tome, ako iz članka 2. stavka 1. točke (d) Zakona o porezu na dobit proizlazi ograničena porezna obveza za kamate koje se isplaćuju iz Danske u inozemstvo, prema danskom Zakonu o porezu po odbitku⁵ isplatitelj kamate mora u skladu s člankom 65.D obustaviti porez po odbitku („porez na kamate”).

17. U poreznoj godini 2007. stopa je iznosila 30 %. Pri zakašnjelom plaćanju obustavljenog poreza po odbitku (u slučaju ograničene porezne obveze) nastaje obveza plaćanja kamata na porezni dug (članak 66. B Zakona o porezu po odbitku). Dužnik zateznih kamata je osoba koja je dužna obustaviti porez po odbitku.

18. U razdoblju od 2005. do 2007. u Danskoj nije postojala opća zakonska odredba o sprečavanju zlorabe. Međutim, u sudskoj je praksi razvijena takozvana „doktrina stvarnosti” prema kojoj se oporezivanje treba temeljiti na konkretnoj ocjeni stvarnog događaja. To znači, među ostalim, da se fiktivne i umjetne porezne konstrukcije u određenim okolnostima mogu zanemariti i da se umjesto toga oporezivanje može usmjeriti na stvarnost posla („substance-over-form”). Stranke se slažu da doktrina stvarnosti ne pruža temelj za to da se u ovom slučaju zanemare poduzete pravne radnje.

19. U danskoj je sudskoj praksi osim toga razvijeno takozvano načelo „stvarnog primatelja primitaka”. To se načelo temelji na temeljnoj odredbi o oporezivanju primitaka iz članka 4. danskog Poreznog zakonika (statsskatteloven) i znači da porezna tijela nisu obvezna prihvatiti umjetnu odvojenost poduzetnika/djelatnosti koji stvaraju primitke od pripisivanja primitaka koji iz njih proizlaze. Prema tome, mora se utvrditi tko je – neovisno o pojavnom obliku – stvarni primatelj određenih dohodaka i stoga porezni obveznik. Prema tome, pitanje je kome se poreznopravno trebaju pripisati primici. „Stvarni primatelj primitaka” je prema tome porezni obveznik za odnosne primitke.

III. Glavni postupak

20. Tužitelj u glavnom postupku (C Danmark I) od 1. siječnja 2005. je matično društvo na vrhu danskog dijela američke grupe društava C čije je matično društvo grupe društvo C USA.

21. Grupa prije svega djeluje u proizvodnji i stavljanju na tržište proizvoda koji se prodaju u više od 100 zemalja i u cijelom svijetu ima ukupno više od 10 000 zaposlenika. Proizvodnja u Danskoj postoji već desetljećima i poduzeće trenutno u Danskoj zapošljava preko 500 zaposlenika. Danski dio grupe ima društva kćeri u nekoliko zemalja EU-a i EGP-a i u Švicarskoj, odakle su i većina društava za stavljanje proizvoda na tržište.

22. Do kraja 2004. društvo C Danmark bilo je krovno dansko matično društvo. Bilo je u neposrednom vlasništvu društva C Cayman Islands. Krajem 2004. grupa je restrukturirana i u tom okviru dva su švedska društva (C Sverige I i C Sverige II) i društvo C Danmark I smještena između društva C Cayman Islands i društva C Danmark II.

5 Kildeskatteloven – Lovbekendtgørelse nr. 1086 af 14. november 2005 (Zakonodavni dekret br. 1086 od 14. studenoga 2005.)

23. Sad društvo C Cayman Islands drži 100 % udjela u švedskom holding društvu (C Sverige I) koje je drži 100 % udjela u drugom švedskom holding društvu (C Sverige II) koje pak drži 100 % udjela u društvu C Danmark I koje samo drži 100 % udjela u društvu C Danmark II i time je postalo novo matično društvo na vrhu danskog dijela koncerna.

24. Restrukturiranjem su povezana dva zajma od 75 milijuna eura, odnosno 825 milijuna eura između društva C Cayman Islands i društva C Sverige I kao i dva zajma od 75 milijuna eura, odnosno 825 milijuna eura između društva C Sverige II i društva C Danmark I. Ugovori o zajmu između društva C Cayman Islands i društva C Sverige I sadržavali su potpuno jednake uvjete kao i ugovori između društva C Sverige II i društva C Danmark I.

25. Budući da prema švedskom poreznom pravu koje je tada bilo na snazi iz transakcija nije proizlazio neto prihod oporeziv u Švedskoj i da na isplaćene kamate nije plaćen porez po odbitku, u konačnici su kamate koje je isplatilo društvo C Danmark I preko švedskih društava u cijelosti „proslijeđene” društvu C Cayman Islands.

26. Švedska porezna tijela dostavila su danskim poreznim tijelima informacije o društvima C Sverige II i C Sverige I iz kojih je proizašlo da oba društva nemaju zaposlenike. Njihove adrese bile su identične adresi ureda drugog švedskog društva (C Sverige III) u kojem nisu postojale posebne uredske prostorije društva C Sverige II ili društva C Sverige I. Poštu za društva C Sverige II i C Sverige I otvarala su tri zaposlenika društva C Sverige III. Društva C Sverige II i C Sverige I nisu imala vlastite telefonske brojeve. Najam je plaćalo društvo C Sverige III. Interno među društvima nisu izdavani računi za plaće i administrativne troškove i društva C Sverige II i C Sverige I nisu imala ugovor o najmu i nisu snosila troškove za korištenje prostora.

27. Društva C Sverige II i C Sverige I nisu obavljali druge djelatnosti osim držanja udjela u ovisnim društvima i u razdoblju od 2004. do 2006. nisu imala ni transakcije ni zaposlene. Poslovna djelatnost društva C Sverige II kao i društva C Sverige I sastojala se od relativno velikih knjizenja, uglavnom proknjizenja kamata. Direktor društva C Sverige III bio je i direktor društva C Sverige II i društva C Sverige I, imao je pristup bankovnim računima društava i također je vodio brigu da se sastave godišnja izvješća i porezne prijave društava.

28. Društvo C Danmark I navelo je da je društvo C Cayman Islands isplatilo dividendu u visini od 140 milijuna eura matičnom društvu C USA koje je rezident u SAD-u što porezna uprava, međutim, osporava.

29. U skladu s UIDO-om između Danske i SAD-a u Danskoj se ne ubire porez po odbitku na kamate ako je ovlašten korisnik rezident u SAD-u, što je nesporno u slučaju krovnog matičnog društva C USA.

30. SKAT (danska Porezna uprava) je 30. listopada 2009. donio odluku u kojem je utvrdio da se ni društvo C Sverige II ni društvo C Sverige I ne mogu smatrati „ovlaštenim korisnikom” u smislu Direktive o kamatama i licencijama i nordijskog UIDO-a za kamate primljene od društva C Danmark I.

31. Odlukom od 25. svibnja 2011. Landsskatteret je potvrdio tu odluku uz obrazloženje da su švedska društva samo društva provodnici. Društvo C Danmark I pobija tu odluku. Sad je Østre Landsret (Žalbeni sud regije Istok, Danska) odlučio pokrenuti prethodni postupak.

IV. Postupak pred Sudom

32. Østre Landsret (Žalbeni sud regije Istok, Danska) uputio je sljedeća prethodna pitanja:

1. Treba li članak 1. stavak 1. u vezi s člankom 1. stavkom 4. Direktive 2003/49/EZ tumačiti na način da društvo koje je rezident u državi članici i koje je obuhvaćeno člankom 3. te direktive, koje – kao u konkretnom slučaju – prima kamate od društva koje je rezident druge države članice, treba smatrati „ovlaštenim korisnikom” tih kamata u smislu te direktive?
 - 1.1. Treba li pojam „ovlašteni korisnik” iz članka 1. stavka 1. Direktive 2003/49/EZ, u vezi s njezinim člankom 1. stavkom 4., tumačiti u skladu s odgovarajućim pojmom iz članka 11. predložka porezne konvencije OECD-a iz 1977. godine?
 - 1.2. Ako je odgovor na pitanje 1.1. potvrđan, treba li onda taj pojam tumačiti isključivo u odnosu na komentare članka 11. predložka porezne konvencije OECD-a (točka 8.) iz 1977. ili tumačenjem mogu biti obuhvaćeni i naknadni komentari, uključujući dopune iz 2003. u pogledu „društava provodnika” (točka 8.1., sada točka 10.1.) te dopune iz 2014. u pogledu „ugovornih ili zakonskih obveza” (točka 10.2.)?
 - 1.3. Ako se komentari iz 2003. mogu uključiti u tumačenje, je li preduvjet za to da se društvo ne smatra ‚ovlaštenim korisnikom’ u smislu Direktive 2003/49/EZ to da je konkretno došlo do prijenosa sredstava na one osobe koje država u kojoj je isplatiatelj kamata rezident smatra ovlaštenim korisnicima kamata o kojima je riječ, i ako da, je li dodatan preduvjet to da se konkretan prijenos odvio nedugo nakon isplate kamata i/ili izvršio u obliku isplate kamata?
 - 1.3.1. Od kakve je važnosti u ovom kontekstu koristi li se za zajam vlastiti kapital, pribrajaju li se predmetne kamate glavnici („roll-up”), je li primatelj kamata nakon toga izvršio prijenos unutar grupe na svoje matično društvo koje je rezident u istoj državi kako bi u skladu s mjerodavnim pravilima u predmetnoj državi poslovni rezultat prilagodio u porezne svrhe, da li se predmetne kamate naknadno prenose u vlastiti kapital društva zajmoprimca, je li primatelj kamata imao ugovornu ili zakonsku obvezu prenijeti kamate drugoj osobi i je li većina osoba koje država rezidentnosti isplatiatelja kamata smatra „ovlaštenim korisnicima” kamata rezident u drugim državama članicama ili drugim državama s kojima je Danska sklopila ugovor o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja pa na temelju toga u danskom poreznom zakonodavstvu ne bi postojala osnova za porez po odbitku da su te osobe bile zajmodavci i prema tome izravno primale kamate?
 - 1.4. Od kakve je važnosti za ocjenu pitanja treba li primatelja kamata smatrati „ovlaštenim korisnikom” u smislu Direktive to što je sud koji je uputio zahtjev, nakon što je utvrdio činjenice slučaja, zaključio da primatelj – koji nije bio ugovorno ili zakonski obavezan primljene kamate prenijeti na drugu osobu – u biti nije imao ‚puno’ pravo na ‚uporabu i korištenje’ kamata (use and enjoy’) kao što se to navodi u komentarima iz 2014. na predložak porezne konvencije OECD-a iz 1977. godine?
2. Može li se država članica pozivati na članak 5. stavak 1. Direktive 2003/49/EZ koji se odnosi na primjenu nacionalnih odredbi za sprječavanje prijevara ili zloraba, ili članak 5. stavak 2. Direktive 2003/49/EZ ako je predmetna država članica donijela posebnu nacionalnu odredbu kojom se prenosi članak 5. te direktive ili ako nacionalno pravo sadržava opće odredbe ili načela o prijevari, zlorabi i utaji poreza koji se mogu tumačiti u skladu s člankom 5.?
 - 2.1. Ako je odgovor na pitanje 2. potvrđan: može li se stavak 2. podstavak 2. točka (d) Selskabsskattelova (Zakon o porezu na dobit), u kojem se propisuje da djelomično oporezivanje dohotka od kamata ne uključuje „kamate koje su u skladu s Direktivom 2003/49/EZ o

zajedničkom sustavu oporezivanja isplate kamata i licencije između povezanih trgovačkih društava različitih država članica izuzete od poreza”, smatrati takvom posebnom nacionalnom odredbom u smislu članka 5. te direktive?

3. Je li odredba ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja između dvije države članice koji je sastavljen u skladu s predloškom porezne konvencije OECD-a, prema kojoj oporezivanje kamata ovisi o tome smatra li se primatelj kamata ovlaštenim korisnikom kamata, takva odredba na temelju sporazuma potrebna za sprečavanje zlouporaba koja je obuhvaćena člankom 5. te direktive?
4. Je li država članica koja ne želi priznati da je društvo u drugoj državi članici ovlaštenim korisnikom kamata i tvrdi da je društvo u drugoj državi članici takozvano fiktivno društvo provodnik na temelju Direktive 2003/49/EZ ili članka 10. UEZ-a u tom slučaju obvezna navesti koga ta država članica smatra ovlaštenim korisnikom?
5. Ako se za društvo koje je rezident u državi članici (matično društvo) konkretno smatra da u skladu s Direktivom 2003/49/EZ nije izuzeto od poreza po odbitku na kamate primljene od društva koje je rezident u drugoj državi članici (društvo kći), a potonja država članica ga smatra djelomično oporezivim u toj državi članici za te kamate, protive li se u tom slučaju članku 43. UEZ-a, u vezi s člankom 48. UEZ-a, propisi prema kojem porezni obveznik koji je obavezan obustaviti porez po odbitku (društvo kći) u potonjoj državi članici u slučaju zakašnjelog plaćanja poreza po odbitku plaća zatezne kamate po višim stopama od stopa koje ta država članica primjenjuje za zatezne kamate na dug po osnovi poreza na dobit (koji obuhvaća, među ostalim, prihode od kamata) društva koje je rezident u istoj državi članici?
6. Ako se za društvo koje je rezident u državi članici (matično društvo) konkretno smatra da u skladu s Direktivom 2003/49/EZ nije izuzeto od poreza po odbitku na kamate primljene od društva koje je rezident u drugoj državi članici (društvo kći), a potonja država članica ga smatra djelomično oporezivim u toj državi članici za te kamate, protive li se u tom slučaju članku 43. UEZ-a, u vezi s člankom 48. UEZ-a (ili člankom 56. UEZ-a), u cijelosti ili zasebno, propisi na temelju kojega:
 - (a) potonja država članica od osobe koja plaća kamate zahtijeva da te kamate oporezuje po odbitku i da snosi odgovornost ako to ne učini, s obzirom na to da takva obveza oporezivanja po odbitku ne postoji ako je primatelj kamata rezident u toj državi članici?
 - (b) matično društvo u potonjoj državi članici ne bi bilo obvezno uplatiti predujam poreza na dobit tijekom prve dvije porezne godine, nego bi porez na dobit počelo plaćati puno kasnije od trenutka dospjeća poreza po odbitku?

Od Suda Europske unije traži se da odgovor na pitanje 6. uvrsti u svoj odgovor na pitanje 5.

33. Rješenjem od 13. srpnja 2016. spojeni su predmeti C-115/16, C-118/16 i C-119/16. U vezi s tim pitanjima u spojenim predmetima pred Sudom pisana očitovanja podnijeli su društvo N Luxembourg 1, društvo X Denmark A/S, društvo C Danmark I, Kraljevina Danska, Savezna Republika Njemačka, Veliko Vojvodstvo Luksemburg, Kraljevina Švedska, Talijanska Republika, Kraljevina Nizozemska i Europska komisija. Na raspravi održanoj 10. listopada 2017. koja je obuhvatila i predmete C-116/16, C-117/16 i C-299/16 sudjelovali su društvo N Luxembourg 1, društvo X Denmark A/S, društvo C Danmark I, Kraljevina Danska, Savezna Republika Njemačka, Veliko Vojvodstvo Luksemburg i Europska komisija.

V. Pravna analiza

A. Određivanje ovlaštenog korisnika (pitanja 1. do 1.4.)

34. Svojim pitanjima od 1. do 1.4. koja valja ispitati zajedno, sud koji je uputio zahtjev u biti pita kako valja tumačiti pojam ovlaštenog korisnika iz članka 1. stavka 1. u vezi s člankom 1. stavkom 4. Direktive 2003/49. U tom pogledu valja utvrditi pojam ovlaštenog korisnika u smislu Direktive 2003/49 (1.) i zatim ispitati utjecaj predložka konvencije OECD-a (u daljnjem tekstu: PK-OECD) i njegovih komentara (takozvani komentar predložka konvencije OECD-a) na njegovo tumačenje (2.).

1. Pojam ovlaštenog korisnika u smislu Direktive 2003/49 (pitanja 1. i 1.4.)

35. Direktiva 2003/49 treba osigurati jednaki porezni tretman nacionalnih i prekograničnih transakcija između povezanih trgovačkih društava.

a) Načelo: vjerovnik isplate kamata kao ovlašteni korisnik

36. Članak 1. stavak 1. Direktive 2003/49, uzimajući u obzir uvodne izjave 2. do 4. te direktive, usmjeren je na sprečavanje pravnog dvostrukog oporezivanja prekograničnih isplata kamata, tako što zabranjuje oporezivanje kamata u državi izvora na teret ovlaštenog korisnika tih kamata. Navedena se odredba odnosi dakle isključivo na poreznopravnu situaciju vjerovnika kamata⁶.

37. Vjerovnik kamata je onaj koji u skladu s pravilima građanskog prava ima pravo na kamate u vlastito ime. U tom pogledu iz sudske prakse Suda proizlazi da je ovlašteni korisnik u smislu Direktive 2003/49 načelno osoba koja s građanskopravnog aspekta ima pravo zahtijevati isplatu kamata⁷.

38. To potvrđuje članak 1. stavak 4. Direktive 2003/49. Njime se isključuje mogućnost da se ovlaštenim korisnikom smatraju zastupnik, povjerenik ili ovlašteni potpisnik. U slučaju osoba navedenih u tom članku pravo se ili ne ističe u vlastito ime (kao kod zastupnika ili ovlaštenog potpisnika) ili ipak u vlastito ime, ali ne za vlastiti račun (kao kod povjerenika). Iz toga se *a contrario* može zaključiti da je u slučajevima kada primatelj kamate prima u vlastito ime i za vlastiti račun (to jest u vlastitu korist) on i ovlašteni korisnik.

39. Sud koji je uputio zahtjev navodi da su između društva C Sverige II i društva C Danmark I kao i između društva C Sverige II i društva C Cayman Islands postojali valjani, iako identični, ugovori o zajmu. Stoga kamate koje društvo C Danmark I isplaćuje društvu C Sverige II to društvo prima u vlastito ime. Slijedom toga, ključno je pitanje prima li C Sverige II te kamate za vlastiti ili za tuđi račun. Za vlastiti račun djeluje netko tko samostalno odlučuje o uporabi kamata i tko također samostalno snosi rizik gubitka. Suprotno tomu, za tuđi račun djeluje netko tko je s trećom osobom povezan na takav način da ta treća osoba u konačnici snosi rizik gubitka (ovdje kamata).

b) Iznimka: povjerenik

40. Kao što proizlazi iz članka 1. stavka 4. Direktive 2003/49 građanskopravni ovlašteni korisnik ne bi bio ovlašteni korisnik u smislu direktive ako djeluje samo kao povjerenik.

⁶ Presuda od 21. srpnja 2011., Scheuten Solar Technology (C-397/09, EU:C:2011:499, t. 28.)

⁷ Presuda od 21. srpnja 2011., Scheuten Solar Technology (C-397/09, EU:C:2011:499, t. 27.) – u tom se kontekstu te kamate u članku 2. točki (a) Direktive 2003/49 definiraju kao „dohodak od dužničkih potraživanja bilo koje vrste”. Samo ovlašteni korisnik može primiti kamate kao dohodak iz takvih potraživanja.

41. Društvo C Sverige II svakako nije javni povjerenik u korist društva C Cayman Islands ili matičnog društva grupe (C USA). Točno je da se na povjerenika prenose imovinska prava, ali njima se on smije koristiti samo u skladu s ugovorom o povjerenstvu. Taj ugovor dovodi do toga da pravne ovlasti povjerenika u odnosima prema trećima prelaze okvire njegove obveze kao povjerenika u unutarnjem odnosu prema povjereniku. Tek taj poseban odnos dovodi do toga da on, iako djeluje u vlastito ime, ne djeluje više za vlastiti račun. Međutim, takav odnos ovdje nije vidljiv.

42. Je li društvo C Sverige II u ovom slučaju zbog povijesti nastanka i stupnja povezanosti sudjelujućih društava s ekonomskog gledišta eventualno neka vrsta prikrivenog povjerenika u korist društva C Cayman Islands (ili možda i društva C USA), može odlučiti samo sud koji je uputio zahtjev u okviru sveobuhvatne ocjene. Međutim, Sud može dati korisne upute u tom pogledu.

43. Ugovorom dogovoreno refinanciranje od treće osobe pod sličnim uvjetima i uz određenu vremensku povezanost kao u ovom slučaju samo po sebi nije dovoljno za pretpostavku postojanja povjereničkog odnosa. I Direktiva 2003/49 u članku 1. stavku 7. kao i u četvrtoj uvodnoj izjavi polazi od određene pravne povezanosti društava koja kao takva – to jest pri izoliranom razmatranju – nema utjecaj na ocjenu tko je ovlašten korisnik. To se potvrđuje i petom uvodnom izjavom i člankom 4. stavkom 2. Direktive 2003/49, koji i pri „posebnom odnosu” između isplatitelja i ovlaštenog korisnika predviđa samo korekciju visine iznosa, ali ne dovodi u pitanje svojstvo isplatitelja ili ovlaštenog korisnika. U tom pogledu povjerenički odnos u smislu članka 1. stavka 4. Direktive 2003/49 prelazi opseg ugovora o zajmu između društava povezanih u smislu prava društava.

44. Naprotiv, trebala bi postojati veća povezanost u unutarnjem odnosu (to jest u odnosu društva C Sverige II prema društvu C Sverige I ili društvu C Cayman Islands) koja ograničava ovlasti koje društvo C Sverige II ima prema trećima. Takva pravna povezanost ovdje zasad nije vidljiva. U svakom slučaju ta se povezanost ne opravdava samim time da se za zajam primjenjuje vlasnički kapital, ili da se kamate pribrajaju glavnici ili da se na razini primatelja pretvaraju u vlasnički kapital.

45. Smatram, međutim, da bi drugačije bilo da se, primjerice, uobičajeni izdaci švedskog društva nisu mogli financirati iz prihoda od kamata, nego da su se kamate samostalno i u cijelosti dalje prenosile. Drugačije bi moglo eventualno vrijediti i da su kamatna stopa refinanciranja i primljena kamatna stopa identične ili, kao u ovom slučaju, da uključeno društvo nema vlastitih troškova koji se podmiruju iz njezinih primitaka kamata. Također, nešto drugo bi vrijedilo ako rizik sposobnosti plaćanja društva koje je rezident u Danskoj (C Danmark I) snose samostalno društvo C Cayman Islands jer u tom slučaju prestaju postojati i identični dug po osnovi zajma drugog švedskog društva (C Sverige I) prema društvu C Cayman Islands. Postoje li takve naznake može, međutim, odlučiti samo sud koji je uputio zahtjev. Indicijom za postojanje prikrivenog povjereničkog odnosa može se smatrati identični tekst dvaju ugovora o zajmu koji su spomenuti u točki 38. ovog mišljenja. Međutim, ovdje također treba uzeti u obzir da nije bilo „prijenosa” kamata u strogom značenju te riječi. Tek se na temelju švedskih propisa o oporezivanju grupa prihodi od kamata društva C Sverige II obračunavaju s rashodima za kamate društva C Sverige I. Međutim, promjena građanskopravnih obveza u načelu nije s time povezana. Može li se uopće na temelju poreznopravnih propisa o oporezivanju grupa donijeti zaključak o postojanju povjereničkog odnosa mora odlučiti nacionalni sud.

46. Ako sud koji je uputio zahtjev na temelju svih okolnosti pojedinačnog slučaja zauzme stajalište da je riječ o povjereničkom odnosu, prema tekstu članka 1. stavka 4. Direktive 2003/49 povjerenik bi zaista bio ovlašten korisnik u smislu Direktive 2003/49.

c) Zaključak o pitanjima 1. i 1.4.

47. Stoga na pitanje 1. i 1.4. treba odgovoriti na način da društvo koje je rezident u drugoj državi članici i koje je vjerovnik tražbine koja nosi kamate treba smatrati ovlaštenim korisnikom u smislu članka 1. stavka 1. Direktive 2003/49. Drugačije vrijedi ako to društvo ne djeluje u vlastito ime i za vlastiti račun nego na temelju (po potrebi prikrivenog) povjereničkog odnosa djeluje za račun treće osobe. Tada bi treću osobu trebalo smatrati ovlaštenim korisnikom. Potonje mora ocijeniti sud koji je uputio zahtjev u okviru sveukupne ocjene svih okolnosti.

2. Tumačenje na temelju komentara predloška porezne konvencije OECD-a? (pitanja 1.1. do 1.3.)

48. Sud koji je uputio zahtjev svojim pitanjima 1.1. do 1.3. pita osobito treba li pri tumačenju pojmova iz Direktive 2003/49 uzeti u obzir i komentare predloška porezne konvencije OECD-a i ako da, treba li uzeti u obzir i komentare predloška porezne konvencije koji je izrađen nakon donošenja Direktive.

49. U kasnijim komentarima predloška porezne konvencije OECD-a (primjerice iz 2008. u točki 8. i 9.) obično se takozvana društva provodnici ne smatraju ovlaštenim korisnicima ako – iako su formalno ovlašteni korisnici – imaju praktički vrlo ograničene ovlasti u skladu s kojima su u pogledu spornih primitaka samo povjerenici ili upravitelji koji djeluju za račun zainteresiranih stranaka.

50. Predlošci poreznih konvencija OECD-a nisu pravno obvezujući multilateralni međunarodni ugovori, nego jednostrani akti međunarodne organizacije u obliku preporuka za njezine članice. I prema shvaćanju OECD-a te preporuke nisu obvezujuće; države članice ih štoviše u skladu s Poslovníkom OECD-a mogu preispitati u tom pogledu smatraju li njihovu primjenu primjerenom⁸. To osobito vrijedi za komentare koje je o tome izdao OECD koji u konačnici sadržavaju samo pravna stajališta.

51. Međutim, u skladu sa stalnom sudskom praksom nije irelevantno ako se države članice u svojoj raspodjeli ovlasti za oporezivanje orijentiraju na međunarodnu praksu kako se ona odražava u predlošcima porezne konvencije⁹. Isto vrijedi za orijentiranje na međunarodno pravno uvjerenje koje se može odražavati u komentarima predložaka ugovora OECD-a.

52. Međutim, komentari predložaka poreznih konvencija OECD-a ne mogu izravno utjecati na tumačenje direktive EU-a čak i ako bi se upotrebljavali identični pojmovi. U tom pogledu ti komentari izražavaju samo stajališta osoba koje su radile na predlošku porezne konvencije OECD-a, a ne i stajalište parlamentarnog zakonodavca ili pogotovo zakonodavca Unije. U svakom slučaju kada bi iz teksta i pripremnih akata direktive proizlazilo da se zakonodavac Unije ravnao prema tekstu predloška porezne konvencije OECD-a i (tadašnjim) komentarima tog predloška porezne konvencije OECD-a, to bi moglo upućivati na odgovarajuće tumačenje.

53. Stoga je Sud također već utvrdio da odredba UIDO-a koja se tumači s obzirom na komentare OECD-a o njegovom relevantnom predlošku porezne konvencije ne može ograničiti pravo Unije¹⁰. To osobito vrijedi za izmjene predloška porezne konvencije OECD-a i komentare koji su usvojeni nakon donošenja direktive. U suprotnom bi države ugovornice OECD-a imale mogućnost odlučivati o tumačenju direktive EU-a.

⁸ Pravilo 18. točka (b) Poslovníka OECD-a: „Recommendations of the Organisation, made by the Council in accordance with Articles 5, 6 and 7 of the Convention, shall be submitted to the Members for consideration in order that they may, if they consider it opportune, provide for their implementation”. Dostupno na <https://www.oecd.org/legal/rules%20of%20Procedure%20OECD%20Oct%202013.pdf>.

⁹ Presude od 15. svibnja 2008., Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, t. 22.), od 13. ožujka 2007., Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, t. 49.), od 7. rujna 2006., N (C-470/04, EU:C:2006:525, t. 45.), od 12. svibnja 1998., Gilly (C-336/96, EU:C:1998:221, t. 31.), od 23. veljače 2006., van Hilten-van der Heijden (C-513/03, EU:C:2006:131, t. 48.), vidjeti u tom pogledu i presudu od 16. svibnja 2017., Berlioz Investment Fund (C-682/15, EU:C:2017:373, t. 67.).

¹⁰ Presuda od 19. siječnja 2006., Bouanich (C-265/04, EU:C:2006:51, t. 50. i 56.)

54. Ako se, međutim, komentarima OECD-a ne pridaje izravni obvezujući učinak i ako Direktiva 2003/49 u članku 1. stavku 4. čini razliku po tome prima li vjerovnik isplate u vlastitu korist, a ne kao povjerenik, tada je to odlučujuće pitanje (prava Unije) za utvrđenje da je riječ o ovlaštenom korisniku u smislu članka 1. stavka 1. Direktive 2003/49. Ako se ne radi o (po potrebi prikrivenom) povjereničkom odnosu, tada je građanskopravni nositelj prava također i ovlašten korisnik u skladu s Direktivom 2003/49. To je u konačnici i sličan pristup onome u novijim komentarima predložka porezne konvencije OECD-a.

55. Stoga se na prethodna pitanja 1.1. i 1.2. može odgovoriti da pojam ovlaštenog korisnika treba tumačiti samostalno u pravu Unije i neovisno o članku 11. predložka ugovora OECD-a iz 1977. ili o kasnijim verzijama. Stoga je nepotrebno odgovarati na pitanje 1.3.

B. Kriteriji za pretpostavku zlouporabe (pitanje 4.)

56. Svojim četvrtim pitanjem sud koji je uputio zahtjev u biti pita, može li se u slučaju aranžmana kao u ovom slučaju, kojim se, među ostalim, izbjegava oporezivanje po odbitku u Danskoj, utvrditi zlouporaba u smislu članka 5. Direktive 2003/49 i je li tada država članica obvezna navesti koga u tom slučaju smatra ovlaštenim korisnikom.

57. Postojanje zlouporabe ovisi o sveukupnoj ocjeni svih okolnosti pojedinog konkretnog slučaja čije je utvrđenje na nadležnim nacionalnim tijelima i koju mora biti moguće sudski preispitati¹¹. Točno je da tu sveukupnu ocjenu mora provesti nacionalni sud¹². Za ocjenu odvijaju li se radnje u okviru uobičajenih trgovačkih transakcija ili služe samo zlouporabi prednosti predviđenih zakonodavstvom Unije¹³, Sud ipak može sudu koji je uputio zahtjev dati korisne smjernice¹⁴.

58. U tu svrhu treba najprije pomnije razmotriti pojam zlouporabe u pravu Unije (1.) i zatim ispitati kriterije za postojanje zlouporabe u konkretnom slučaju (2.).

1. Pojam zlouporabe u pravu Unije

59. U skladu s člankom 5. Direktive 2003/49 države članice ne sprječava se da primjene odgovarajuće mjere za borbu protiv prijevara ili zlouporaba (vidjeti i šestu uvodnu izjavu).

60. Prethodno predloženo tumačenje pojma ovlaštenog korisnika (točka 36. i sljedeće ovog mišljenja) nije u suprotnosti s tim ciljevima. Naprotiv, upravo posljednji navedeni cilj ne ostvaruje se primarno putem pojma ovlaštenog korisnika (osobito angažiranje povjerenika nije nužno zlouporaba), nego se ostvaruje člankom 5. Direktive 2003/49.

11 Presuda od 17. srpnja 1997., Leur-Bloem (C-28/95, EU:C:1997:369, t. 34. do 41.), i moje mišljenje u predmetu Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, t. 60.)

12 Isto tako, presude od 22. studenog 2017., Cussens i dr. (C-251/16, EU:C:2017:881, t. 59.), od 20. lipnja 2013., Newey (C-653/11, EU:C:2013:409, t. 49.)

13 Presude od 12. rujna 2006., Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, t. 35.), od 6. travnja 2006., Agip Petroli (C-456/04, EU:C:2006:241, t. 20.), od 21. veljače 2006., Halifax i dr. (C-255/02, EU:C:2006:121, t. 68. i 69.), od 9. ožujka 1999., Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, t. 24. i navedena sudska praksa); vidjeti u tom pogledu i moje mišljenje u predmetu Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, t. 57.).

14 Presude od 17. prosinca 2015., WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, t. 34.), od 21. veljače 2008., Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, t. 56.) i od 21. veljače 2006., Halifax i dr. (C-255/02, EU:C:2006:121, t. 77.)

61. Tom se odredbom u konačnici izražava ono što se priznaje i u ustaljenoj sudskoj praksi: pozivanje na pravo Unije u svrhu utaje ili zlouporabe nije dopušteno. Primjena odredbe prava Unije ne smije se proširiti do te mjere da bi se njome pokrile zlouporabe gospodarskih subjekata, to jest radnje koje se ne odvijaju unutar okvira uobičajenih trgovačkih transakcija, nego za cilj imaju zlouporabu prednosti predviđenih zakonodavstvom Unije¹⁵.

62. Međutim, ni sama Direktiva 2003/49 ne sadržava definiciju zlouporabe. Ipak iz drugih direktiva EU-a proizlaze odgovarajuće naznake. Tako se u Direktivi o spajanjima¹⁶ u njezinom članku 11. stavku 1. točki (a) drugoj rečenici kao primjer takvog motiva navodi nepostojanje valjanih gospodarskih razloga za pojedinu transakciju. Usto se u članku 6. Direktive o utvrđivanju pravila protiv praksi izbjegavanja poreza¹⁷ (u daljnjem tekstu: Direktiva 2016/1164) definira pojam zlouporabe, ali ona još nije bila primjenjiva na godine na koje se odnosi spor. U skladu s time za odluku radi li se o neautentičnom aranžmanu odlučujuće je da im je glavna svrha ili jedna od glavnih svrha stjecanje porezne pogodnosti kojom se poništavaju cilj ili svrha primjenjivog poreznog prava. U skladu sa stavkom 2. aranžman se smatra se neautentičnim u mjeri u kojoj nije uspostavljen iz valjanih komercijalnih razloga koji odražavaju gospodarsku stvarnost.

63. Sud je osobito više puta odlučio da se ograničenje slobode poslovnog nastana može opravdati razlozima borbe protiv zlouporaba samo ako je poseban cilj ograničenja sprečavanje postupanja koja se sastoje od stvaranja potpuno umjetnih konstrukcija bez ikakve veze s ekonomskom stvarnošću čiji je cilj izbjegavanje poreza koji se obično plaćaju na dobit ostvarenu djelatnostima u tuzemstvu¹⁸. Sud je u međuvremenu više puta odlučio da je za to dovoljno ako traženje porezne pogodnosti nije isključivi cilj¹⁹, nego osnovni cilj konstrukcije²⁰.

64. Ta sudska praksa Suda obuhvaća dva elementa koji se međusobno uvjetuju. S jedne strane, od samog početka ne priznaju se potpuno umjetne konstrukcije koje u konačnici postoje samo na papiru. Osim toga, od odlučujuće je važnosti izbjegavanje poreznog zakonodavstva koje se može postići i pomoću konstrukcija s uporištem u gospodarskoj stvarnosti. Potonji slučajevi mogli bi biti češći i sada su izričito obuhvaćeni novim člankom 6. Direktive 2016/1164. I sam je Sud u novijoj presudi smatrao da činjenica da su radnje potpunosti umjetno iskonstruirane predstavlja samo okolnost da je osnovni cilj ostvarivanje porezne pogodnosti²¹.

15 Presude od 22. studenoga 2017., Cussens i dr. (C-251/16, EU:C:2017:881, t. 27.), od 5. srpnja 2007., Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, t. 38.), od 6. travnja 2006., Agip Petroli (C-456/04, EU:C:2006:241, t. 20.), i od 12. rujna 2006., Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, t. 35.) i od 21. veljače 2006., Halifax i dr. (C-255/02, EU:C:2006:121, t. 68. i 69.), od 9. ožujka 1999., Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, t. 24.) i navedena sudska praksa, vidjeti u tom pogledu i moje mišljenje u predmetu Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, t. 57.).

16 Direktiva Vijeća 90/434/EEZ od 23. srpnja 1990. o zajedničkom sustavu oporezivanja koji se primjenjuje na spajanja, podjele, prijenose imovine i razmjenu dionica društava različitih država članica (SL 1990., L 225, str. 1.)

17 Direktiva Vijeća (EU) 2016/1164 od 12. srpnja 2016. o utvrđivanju pravila protiv praksi izbjegavanja poreza kojima se izravno utječe na funkcioniranje unutarnjeg tržišta (SL 2016., L 193, str. 1.)

18 Presude od 20. prosinca 2017., Deister Holding i Juhler Holding (C-504/16 i C-613/16, EU:C:2017:1009, t. 60.), od 17. prosinca 2015., WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, t. 35.), od 18. lipnja 2009., Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377, t. 64.), od 13. ožujka 2007., Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, t. 74.), vidjeti sličnu presudu od 12. rujna 2006., Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, t. 55.).

19 Vidjeti također presude od 20. lipnja 2013., Newey (C-653/11, EU:C:2013:409, t. 46.), od 12. srpnja 2012., J. J. Komen en Zonen Beheer Heerhugowaard (C-326/11, EU:C:2012:461, t. 35.), od 27. listopada 2011., Tanoarch (C-504/10, EU:C:2011:707, t. 51.) i od 22. svibnja 2008., Amplificientifica i Amplifin (C-162/07, EU:C:2008:301, t. 28.).

20 Za pravo neizravnih poreza: presude od 22. studenoga 2017., Cussens i dr. (C-251/16, EU:C:2017:881, t. 53.), od 17. prosinca 2015., WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, t. 36.), i od 21. veljače 2008., Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, t. 45.); slično u području primjene takozvane Direktive o spajanjima: presuda od 10. studenoga 2011., FOGGIA-Sociedade Gestora de Participações Sociais (C-126/10, EU:C:2011:718, t. 35. i 36.)

21 Tako izričito presuda od 22. studenoga 2017., Cussens i dr. (C-251/16, EU:C:2017:881, t. 60.).

2. Kriteriji za ovaj slučaj

a) Postojanje potpuno umjetnog aranžmana

65. Potpuno umjetna konstrukcija bez ikakve veze s ekonomskom stvarnošću ovdje se svakako može pretpostaviti. Tome u prilog govore i okolnosti koje navodi sud koji je uputio zahtjev. Tako oba švedska posrednička društva (C Sverige II i C Sverige I) nisu imala zaposlenike, vlastite poslovne prostorije i vlastite telefonske brojeve. Njihovu poštu otvarali su zaposlenici trećeg društva. Zbog toga ta društva nisu imala ni troškove osoblja ni troškove za korištenje prostorija. Osim toga, ni djelatnošću upravljanja imovinom očito nije ostvaren vlastiti prihod. To sve djeluje vrlo umjetno. Fizička bi osoba u tim okolnostima odavno obustavila svoju gospodarsku djelatnost.

66. Iako je Sud nedavno odlučio da okolnost da se aktivnost društva sastoji od upravljanja imovinom ili da prihodi potječu samo od tog upravljanja ne znači da postoji potpuno umjetna konstrukcija bez ikakve veze s ekonomskom stvarnošću²², ovdje ipak postoje dvojbe o tome postoje li aktivnosti dvaju društava ipak isključivo na papiru. U ovom slučaju, uz sveobuhvatno razmatranje, ne postoje čak ni prihodi od upravljanja imovinom.

67. S obzirom na činjenicu da osobito društva koja upravljaju imovinom sama po sebi imaju (mogu imati) malo aktivnosti, za taj se kriterij mogu postaviti samo još mali zahtjevi. Međutim, ako valjano osnovano društvo ne raspolaže ni s odgovarajućim sredstvima i osobljem kako bi ostvarilo svoj cilj (ovdje upravljanje ugovorom o zajmu) samostalno vlastitim sredstvima i ako ne ostvaruje ni prihode koji bi joj to omogućili, tada se doista može govoriti o konstrukciji bez ikakve veze s ekonomskom stvarnošću.

68. Smatram da se dvije pravne osobe koje su tako pasivne da se svako moguće sudjelovanje u pravnom prometu u svakom slučaju odvija preko trećih, koje nemaju vlastitih aktivnosti i tako ne ostvaruju vlastite prihode i nemaju vlastite troškove svakako mogu smatrati potpuno umjetnim konstrukcijama.

b) Podredno: neporezni razlozi koje valja uzeti u obzir

69. Osim toga, neovisno o toj ocjeni činjenica, i bez obzira na potpuno umjetnu konstrukciju bez ikakve veze s ekonomskom stvarnošću može postojati zloporabni poreznopravni aranžman kao što pokazuje tekst novog članka 6. Direktive 2016/1164. U tom pogledu u ovom slučaju od odlučujuće važnosti mogu biti i drugi kriteriji, osobito neporezni razlozi koje valja uzeti u obzir.

70. U skladu sa sudskom praksom Suda pritom činjenica da je društvo u skladu sa zakonodavstvom neke države članice uspostavilo svoje sjedište – registrirano ili stvarno – s ciljem korištenja povoljnijim zakonodavstvom nije samo po sebi zloporaba²³. Sama činjenica da su u tu poduzetničku transakciju s inozemnim ulagačima uključena i društva iz Švedske stoga nije dovoljna za pretpostavku o postojanju zloporabe.

²² Presuda od 20. prosinca 2017., Deister Holding i Juhler Holding (C-504/16 i C-613/16, EU:C:2017:1009, t. 73.)

²³ Vidjeti presude od 25. listopada 2017., Polbud – Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804, t. 40.), od 30. rujna 2003., Inspire Art (C-167/01, EU:C:2003:512, t. 96.) i od 9. ožujka 1999., Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, t. 27.).

71. Nadalje, kada porezni obveznik ima mogućnost izbora između dviju transakcija, nije dužan izabrati onu koja pretpostavlja plaćanje najvišeg iznosa PDV-a, već ima, suprotno tomu, pravo izabrati strukturu svojeg poslovanja tako da ograniči porezni dug²⁴. Sud nadalje navodi da su porezni obveznici općenito slobodni izabrati organizacijske strukture i transakcijske modalitete za koje smatraju da najbolje odgovaraju njihovim gospodarskim aktivnostima i ograničenju njihova poreznog opterećenja²⁵. Sama činjenica da je u ovom slučaju odabrana transakcijska struktura koja ne rezultira najvišim poreznim opterećenjem (ovdje dodatno i konačno opterećenje porezom po odbitku) također se ne može stoga smatrati zlouporabom.

72. Nadalje, bez obzira na potpuno umjetnu konstrukciju bez ikakve veze s ekonomskom stvarnošću, građaninu Unije, fizičkoj ili pravnoj osobi, ne može se oduzeti mogućnost pozivanja na odredbe Ugovora samo zato jer je namjeravao iskoristiti povoljniji porezni sustav u drugoj državi članici koja nije država čiji je rezident²⁶. Tako se, kao u ovom slučaju, transakcijska struktura koja uključuje državu članicu koja se odriče poreza po odbitku (kao u ovom slučaju Švedska) ne može samo zbog toga ocijeniti kao zlouporaba.

73. U tom pogledu sloboda poslovnog nastana obuhvaća i izbor države članice koja odnosnom poduzeću s njegovog stajališta pruža najbolji poreznopravni okvir. Ako to načelo vrijedi za znatno usklađenije propise o porezu na dodanu vrijednost²⁷, tada osobito vrijedi za u manjoj mjeri usklađene propise o porezu na dobit u pogledu kojih u pravu Unije namjerno postoji različitost poreznih sustava²⁸ pojedinih država članica, odnosno politički je svjesno prihvaćena.

74. Osim toga, Sud je s obzirom na ovdje relevantnu temeljnu slobodu pojasnio da sama okolnost da rezidentnom društvu zajam osigurava povezano društvo koje je rezident druge države članice, ne može samo po sebi biti temelj za općenitu pretpostavku zlouporabe i opravdati mjeru koja ograničava ostvarivanje temeljne slobode zajamčene Ugovorom²⁹. Stoga i različiti zajmodavni odnosi između matičnog društva, društva kćeri i društva unuke u ovom slučaju sami po sebi nisu zlouporaba.

75. Nadalje, Sud je pojasnio da u pravu Unije predviđeno porezno izuzeće dividendi ne ovisi o podrijetlu ili rezidentnosti imatelja udjela jer to nema utjecaj u Direktivi o matičnim društvima i društvima kćerima³⁰. Ni u Direktivi 2003/49 nema razlikovanja u tom pogledu. Činjenica da je vlasnik udjela u društvu C Sverige II švedsko društvo (C Sverige I) s matičnim društvom na Kajmanskim Otocima (treća država) stoga i pri izoliranom razmatranju nije zlouporaba.

24 Presude od 17. prosinca 2015., *WebMindLicenses* (C-419/14, EU:C:2015:832, t. 42.), od 22. prosinca 2010., *Weald Leasing* (C-103/09, EU:C:2010:804, t. 27.), od 21. veljače 2008., *Part Service* (C-425/06, EU:C:2008:108, t. 47.) i od 21. veljače 2006., *Halifax i dr.* (C-255/02, EU:C:2006:121, t. 73.)

25 Presude od 17. prosinca 2015., *WebMindLicenses* (C-419/14, EU:C:2015:832, t. 42.), od 22. prosinca 2010., *RBS Deutschland Holdings* (C-277/09, EU:C:2010:810, t. 53.)

26 Presuda od 12. rujna 2006., *Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas* (C-196/04, EU:C:2006:544, t. 36.), vidjeti u tom smislu presudu od 11. prosinca 2003., *Barbier* (C-364/01, EU:C:2003:665, t. 71.)

27 Presude od 17. prosinca 2015., *WebMindLicenses* (C-419/14, EU:C:2015:832, t. 42.), od 22. prosinca 2010., *RBS Deutschland Holdings* (C-277/09, EU:C:2010:810, t. 53.)

28 Vidjeti presudu od 12. rujna 2006., *Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas* (C-196/04, EU:C:2006:544, t. 36.); o različitosti poreznih stopa koja je dozvoljena u pravu Unije čak i u usklađenom poreznom pravu također presuda od 17. prosinca 2015., *WebMindLicenses* (C-419/14, EU:C:2015:832, t. 39. i 40.)

29 Presude od 13. ožujka 2007., *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* (C-524/04, EU:C:2007:161, t. 73.), od 12. rujna 2006., *Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas* (C-196/04, EU:C:2006:544, t. 50.), vidjeti u tom smislu presude od 4. ožujka 2004., *Komisija/Francuska* (C-334/02, EU:C:2004:129, t. 27.) i od 26. rujna 2000., *Komisija/Belgija* (C-478/98, EU:C:2000:497, t. 45.)

30 Presuda od 20. prosinca 2017., *Deister Holding i Juhler Holding* (C-504/16 i C-613/16, EU:C:2017:1009, t. 66.)

c) Zaobilaženje svrhe zakona

76. Međutim, u ovom je slučaju značajnije da stvarni ulagači – ovdje društvo C Cayman Islands – često svoja sjedišta imaju u određenim trećim državama (u pravilu na određenim manjim otocima kao što su u ovom slučaju Kajmanski Otoci, ili Bermuda³¹ ili Jersey³²). To eventualno upućuje na u cijelosti neobično postupanje čije se gospodarsko uporište ne pokazuje na prvi pogled.

77. U tom se pogledu cijela konstrukcija može smatrati zlouporabnim aranžmanom manje zbog „posredničkog uključivanja” švedskih društava, a više zbog „poslovnog nastana” ulagača u određenim trećim državama. Na ovom mjestu posebno je važna aranžmana, odnosno svrha zaobidjenog poreznog zakona (ovdje oporezivanje u Danskoj).

1) Izbjegavanje danskog poreza na dobit?

78. Pritom prije svega treba utvrditi da Danska nije onemogućena u oporezivanju dobiti operativne grupe društava u Danskoj (C Danmark II). Ta se dobit u potpunosti normalno oporezuje u državi rezidentnosti (to jest u Danskoj).

79. I dobit matičnog društva grupe koje je je rezident u Danskoj (C Danmark I) u potpunosti je oporezivana u Danskoj. Činjenica da je ta dobit smanjena isplatama kamata investitorima iz Švedske odgovara oporezivanju financijske sposobnosti i činjenici da Danska te kamate u punom iznosu priznaje kao poslovne izdatke.

80. Te su kamate u Švedskoj oporezivane kao poslovni prihodi švedskog društva. Činjenica da su u Švedskoj na temelju propisa o oporezivanju grupa isplate kamata društva C Sverige I njegovim ulagačima (C Cayman Islands) također uzete u obzir kao poslovni izdaci i tamo odgovara načelu oporezivanja prema financijskoj sposobnosti. Švedska je u tom pogledu oporezivala razliku između kamata koje su isplaćene iz Danske u inozemstvo, i kamata koje su isplaćene društvu C Cayman Islands u trećim državama. Budući da su oba iznosa bila jednaka, ne preostaje oporezivi rezultat.

81. Oba su švedska društva u Švedskoj neograničeno oporeziva i tamo svojim prihodima podliježu porezu na dobit. Stoga su ispunjene pretpostavke iz članka 3. točke (a) podtočke iii. Direktive 2003/49. Usto valja utvrditi da ni iz jedne odredbe Direktive 2003/49 ne proizlazi da je stvarno oporezivanje ovlaštenog korisnika (ovdje švedskog društva C Sverige II) u određenom iznosu pretpostavka za izuzeće. Ako u državi rezidentnosti ovlašten korisnik ima poslovne troškove odgovarajuće visine (ili još preneseni gubitak iz proteklih godina), točno je da to ne dovodi do konkretnog oporezivanja, ali porezni obveznik ipak podliježe plaćanju poreza na dobit. To vrijedi i u okviru oporezivanja grupe. Stoga je društvo obuhvaćeno područjem primjene Direktive 2003/49 i njegovi prihodi od kamata se tada oporezuju „u državi članici”. To je također slučaj ako u državi rezidentnosti ovlaštenog korisnika postoji samo nisko opterećenje porezom na dobit i ne postoji oporezivanje po odbitku.

82. To, ovisno o slučaju, efektivno nisko oporezivanje ili neoporezivanje posljedica je porezne autonomije svake države. Ako je već u Uniji zbog nedostatne usklađenosti na području poreza na dobit pravom Unije dopušteno međusobno natjecanje država članica u području poreza, tada se poreznom obvezniku ne može prigovoriti da se zaista u stvarnosti (to jest ne samo na papiru – vidjeti u tom pogledu točku 65. i sljedeće) koristi prednostima pojedinih država članica.

³¹ Tako u predmetu C-117/16

³² Tako u predmetu C-299/16

2) *Sprječavanje iskorištavanja prekograničnih informacijskih nedostataka*

83. U stvarnosti se uključivanjem švedskih društva u konačnici izbjegava „samo” oporezivanje po odbitku isplata kamata u Danskoj. Međutim, kao što je sud već presudio, oporezivanjem po odbitku se, međutim, stvarno oporezuje primatelj primitaka (ovdje kamata)³³. To se odvija tako da u trenutku isplate dio primitaka isplatelj obustavi već na izvoru.

84. Oporezivanje po odbitku u državi rezidentnosti dužnika kamata stoga nije posebna vrsta poreza, nego samo posebna tehnika oporezivanja kako bi se u biti osiguralo (minimalno) oporezivanje primatelja kamata. Naime, osobito u situacijama s međunarodnim elementom nije uvijek sigurno hoće li primatelj uredno platiti porez na svoje primitke. U pravilu naime država rezidentnosti primatelja kamata rijetko sazna nešto o njegovim primicima iz inozemstva, ako ne postoje – kao trenutačno u Uniji – funkcionalni sustavi razmjene podataka između poreznih uprava.

85. Stoga za postojanje zloporabnog zaobilaženja svrhe zakona (osiguranje oporezivanja primatelja kamata) moraju biti ispunjene dvije pretpostavke. S jedne strane, u slučaju izravne isplate Danska mora uopće imati pravo na naplatu poreza (u tom pogledu vidjeti točku 90. i sljedeće ovog mišljenja). S druge strane, mora postojati opasnost neoporezivanja zbog neobuhvaćenosti tih primitaka u stvarnoj državi primatelja.

86. Stoga, ako se razlogom odabira transakcijske strukture može smatrati isplaćivanje kamata ulagačima preko treće države kako njihove države rezidentnosti ne bi imale informacije o njihovim primicima, tada ovu cijelu konstrukciju prema mojem mišljenju treba smatrati zloporabom prava.

87. Takav prigovor postojanja zloporabe može se opet pobiti ako vjerovnik kamata koji je rezident u trećoj državi uredno plati porez na kamate ili državama u kojima su njegovi ulagači rezidenti na raspolaganje stavi odgovarajuće porezne informacije u slučaju isplate dividendi tim ulagačima. Takva poduzetnička struktura u tom slučaju ne bi onemogućila postizanje svrhe izbjegnutog oporezivanja po odbitku (u tom pogledu vidjeti točku 84. ovog mišljenja). I ovo sud mora uzeti u obzir u svojem sveobuhvatnom razmatranju slučaja.

d) Privremeni zaključak

88. Pri izbjegavanju oporezivanja po odbitku za isplate kamata ulagačima koji su rezidenti trećih država ponajprije je moguće izbjegavanje oporezivanja prihoda od kamata kod stvarnih primatelja kamata (to jest ulagača, odnosno njihovih društava). Zloporaba se može osobito pretpostaviti ako je cilj izabrane poduzetničke strukture iskorištavanje određenih informacijskih nedostataka među uključenim državama kako bi se spriječilo njezino učinkovito oporezivanje.

3. Naznaka stvarnog ovlaštenog korisnika

89. Osim toga, sud koji je uputio zahtjev želi znati je li država članica koja ne želi priznati da je primatelj kamata i ovlašten korisnik u smislu Direktive 2003/49 jer je on samo takozvano umjetno društvo provodnik, obvezna navesti koga smatra stvarnim ovlaštenim korisnikom. Time sud koji je uputio zahtjev postavlja u biti pitanje tereta dokazivanja postojanja zloporabe.

³³ Presude od 24. lipnja 2010., P. Ferrero i General Beverage Europe (C-338/08 i C-339/08, EU:C:2010:364, t. 26. i 34.), od 26. lipnja 2008., Burda (C-284/06, EU:C:2008:365, t. 52.)

90. Zloupotroba pravnih mogućnosti aranžmana pretpostavlja odabir zakonitog aranžmana koji odstupa od aranžmana koji se obično odabire, i koji dovodi do *povoljnijeg rezultata* nego „uobičajeni” aranžman. „Uobičajenim” aranžmanom u ovom slučaju trebalo bi smatrati izravni zajmodavni odnos između društva C Cayman Islands i tužitelja u glavnom postupku (C Danmark I).

91. Činjenica da je izabran način postupanja koji je porezno povoljniji nego uobičajeni aranžman mora načelno dokazati porezna uprava, pri čemu porezni obveznik može imati određenu obvezu suradnje. Međutim, porezni obveznik u tom slučaju može predočiti, „ako je potrebno, dokaze o ekonomskim razlozima za posao”³⁴. Ako iz toga proizlazi da osnovni cilj³⁵ nije izbjegavanje poreza koji bi se inače morali platiti, odabrani način postupanja ne može se smatrati zloupotrobu, osobito ako i sama država poreznim obveznicima stavlja na raspolaganje te mogućnosti aranžmana.

92. Iz sudske prakse Suda³⁶ nadalje proizlazi da pretpostavka zloupotrobu podrazumijeva određivanje stanja koje bi postojalo da nije bilo radnji koje čine takvu praksu i, zatim, ocjenu tog ponovno određenog stanja u pogledu relevantnih odredaba nacionalnog prava i prava Unije. Međutim, u tu svrhu mora se utvrditi tko je stvarni ovlašteni korisnik.

93. Tako se prema danskom stajalištu može raditi o zloupotrobu u smislu članka 5. Direktive 2003/49 samo kada se kod izravne isplate kamata primjenjuje odgovarajuće oporezivanje u Danskoj. Međutim, to je isključeno prema danskom pravu ako bi pri neuzimanju u obzir takozvanog posredničkog društva stvarni primatelj kamata opet bilo društvo sa sjedištem u drugoj državi članici ili bi primatelj kamate bio rezident države s kojom je Danska sklopila UIDO. Čak i ako je društvo C Cayman Islands samo takozvano društvo provodnik tada bi se u tom pogledu trebalo uzeti u obzir društvo C USA. Isplata tom društvu opet ne bi bila obuhvaćena danskim oporezivanjem po odbitku tako da je u tom slučaju zloupotroba isključena.

94. Stoga se na pitanje 4. može odgovoriti da država članica koja ne želi priznati da je društvo koje je rezident druge države članice – kojem su isplaćene kamate – ovlašteni korisnik kamate, za pretpostavku zloupotrobu načelno mora navesti tko je prema njezinom mišljenju stvarni ovlašteni korisnik. To je nužno kako bi se moglo utvrditi postiže li se uopće aranžmanom koji se kvalificira kao zloupotroba porezno povoljniji rezultat. Pritom osobito u situacijama s međunarodnim elementom porezni obveznik, međutim, može imati povećanu dužnost suradnje.

C. Pozivanje na članak 5. Direktive 2003/49 (pitanja 2. do 3.)

95. Svojim pitanjima 2., 2.1. i 3. sud koji je uputio zahtjev u biti pita, može li se (1.) Danska izravno pozivati na članak 5. Direktive 2003/49 kako bi poreznom obvezniku odbila priznati izuzeće od poreza. Ako je odgovor negativan, valja razjasniti (2.) je li Danska u predmetnom nacionalnom pravu u dovoljnoj mjeri prenijela članak 5. Direktive 2003/49.

34 Presuda od 13. ožujka 2007., *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* (C-524/04, EU:C:2007:161, t. 92.)

35 Presude od 22. studenoga 2017., *Cussens i dr.* (C-251/16, EU:C:2017:881, t. 53.), od 17. prosinca 2015., *WebMindLicenses* (C-419/14, EU:C:2015:832, t. 36.), od 21. veljače 2008., *Part Service* (C-425/06, EU:C:2008:108, t. 45.)

36 Presude od 22. studenoga 2017., *Cussens i dr.* (C-251/16, EU:C:2017:881, t. 47.), od 17. prosinca 2015., *WebMindLicenses* (C-419/14, EU:C:2015:832, t. 52.), i od 21. veljače 2008., *Part Service* (C-425/06, EU:C:2008:108, t. 58.)

1. Nemogućnost izravne primjene direktive za opravdanje obveza na štetu pojedinca

96. Ako u skladu s prethodno navedenim kriterijima postoji zlouporaba u smislu članka 5. Direktive 2003/49, ovaj je slučaj poseban po tome što dansko pravo nije sadržavalo posebnu odredbu kojom se prenosi članak 5. Direktive 2003/49. Kako navodi sud koji je uputio zahtjev, također nije postojala opća zakonska odredba o sprečavanju zlouporabe. Stoga osobito tužitelj u glavnom postupku smatra da mu se ne može uskratiti izuzeće od poreza koje proizlazi iz nacionalnog prava čak i ako se pretpostavi postojanje zlouporabe.

97. Međutim, nije uvijek potrebno doslovno preuzimanje odredbi direktive (ovdje članka 5. Direktive 2003/49) u posebnim odredbama nacionalnog prava. Naprotiv, prijenos direktive može se, ovisno o njezinom sadržaju, ostvariti općim pravnim kontekstom – uključujući općim načelima nacionalnog ustava ili upravnog prava – ako on učinkovito jamči punu primjenu direktive na dovoljno jasan i precizan način³⁷.

98. U prethodnom postupku sud koji je uputio zahtjev spominje postojanje dvaju načela (takozvanu doktrinu stvarnosti i načelo „stvarnog primatelja primitaka“). Međutim, stranke su suglasne da ta načela ovdje nisu primjenjiva ako su u stvarnosti kamate formalno zaista najprije isplaćene švedskim društvima.

99. Članak 5. Direktive 2003/49 državama članicama ipak dopušta odgovarajuću borbu protiv zlouporaba. Takva borba odgovara i praksi širom Unije. Tako su sve države članice u najvećoj mogućoj mjeri razvile određene instrumente za sprječavanje zlouporabe prava u svrhu izbjegavanja poreza³⁸. Tako i u nacionalnim poreznim sustavima postoji konsenzus da se primjena prava ne može proširiti do te mjere da se moraju tolerirati zlouporabe gospodarskih subjekata. To načelo koje je u tom pogledu prihvaćeno širom Unije³⁹ sada se izražava u članku 6. Direktive 2016/1164.

100. U tom se pogledu svi nacionalni propisi bez obzira na to proizlaze li iz prijenosa Direktive 2003/49 ili ne, moraju se tumačiti i primjenjivati u skladu s tim općim pravnim načelom i osobito u svjetlu teksta i svrhe Direktive 2003/49 kao i njezina članka 5.⁴⁰ Protiv tumačenja nacionalnog prava u skladu s pravom Unije ne govori činjenica da bi ono možda bilo na štetu pojedinca. Naime, dopuštena je primjena prava Unije preko odredbi nacionalnog prava, to jest neizravna primjena prava Unije na štetu pojedinca⁴¹.

37 U tom smislu stalna sudska praksa, vidjeti primjerice presude od 5. srpnja 2007., Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, t. 44.), od 6. travnja 2006., Komisija/Austrija, (C-428/04, EU:C:2006:238, t. 99.), od 16. lipnja 2005., Komisija/Italija, (C-456/03, EU:C:2005:388, t. 51.), i moje mišljenje u predmetu Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, t. 62.).

38 Pojedine države članice imaju opće klauzule za sprječavanje zlouporaba, kao Savezna Republika Njemačka članak 42. Abgabenordnung (Porezni zakonik), Luksemburg članak 6. Steueranpassungsgesetz (Zakon o prilagodbi poreza), Belgija članak 344. stavak 1. du code des impôts sur les revenus (Zakon o porezima na prihode), Švedska članak 2. Zakona 1995:575, ili Finska članak 28. Zakona o postupku oporezivanja prihoda; u pojedinim državama članicama postoje posebne odredbe (kao u Danskoj u odnosu na obračunske cijene u skladu s člankom 2. Ligningslovenska (Zakon o obračunu poreza)), ili opća načela (u Saveznoj Republici Njemačkoj to bi bilo načelo ekonomskog pristupa, koje proizlazi, među ostalim, iz članka 39 i sljedećih Poreznog zakonika).

39 Vidjeti samo: presude od 22. studenoga 2017., Cussens i dr. (C-251/16, EU:C:2017:881, t. 27.), od 21. veljače 2006., Halifax i dr. (C-255/02, EU:C:2006:121, t. 68.), od 3. ožujka 2005., Fini H (C-32/03, EU:C:2005:128, t. 32.), od 14. prosinca 2000., Emsland-Stärke (C-110/99, EU:C:2000:695, t. 51.), presuda od 23. ožujka 2000., Diamantis (C-373/97, EU:C:2000:150, t. 33.).

40 O obvezi nacionalnih sudova da nacionalno pravo tumače u skladu s direktivom, vidjeti ustaljenu sudsku praksu i osobito presude od 4. srpnja 2006., Adeneler i dr. (C-212/04, EU:C:2006:443, t. 108. i sljedeće), od 5. listopada 2004., Pfeiffer i dr. (C-397/01 do C-403/01, EU:C:2004:584, t. 113. i sljedeće.), i od 10. travnja 1984., von Colson i Kamann (C-14/83, EU:C:1984:153, t. 26.).

41 Presude od 5. srpnja 2007., Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, t. 45.), od 7. siječnja 2004., Wells (C-201/02, EU:C:2004:12, t. 57.), od 14. srpnja 1994., Faccini Dori (C-91/92, EU:C:1994:292, t. 20., 25. i 26.), od 13. studenoga 1990., Marleasing (C-106/89, EU:C:1990:395, t. 6. do 8.), i moje mišljenje u predmetu Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, t. 65.).

101. Samo bi izravna primjena članka 5. Direktive 2003/49 na štetu tužitelja bila zabranjena danskim tijelima – također iz razloga pravne sigurnosti⁴². Tako se država članica ne može protiv pojedinca pozivati na direktivu koju sama nije prenijela⁴³. Naime, u skladu je s ustaljenom sudskom praksom, da direktiva ne može sama po sebi stvarati obveze za pojedinca te se stoga protiv njega nije moguće pozivati na direktivu kao takvu⁴⁴. Takva država članica sama bi počinila „zlouporabu prava”. S jedne strane, ona ne bi prenijela (iako je mogla) direktivu koja joj je upućena, a s druge strane, pozivala bi se na mogućnost sprječavanja zlouporaba koja je sadržana u neprenesenoj direktivi.

102. Isto tako se nadležna tijela u glavnom postupku ne bi smjela u odnosu na pojedinca izravno osloniti na opće načelo prava Unije prema kojem zlouporaba prava nije dopuštena. Naime, svakako je za slučajeve koji su obuhvaćeni područjem primjene Direktive 2003/49 takvo načelo posebno izraženo i konkretizirano u članku 5. stavku 2. Direktive⁴⁵. Ako bi se dozvolilo izravno pozivanje na opće načelo čiji je sadržaj značajno nejasniji i neodređeniji postojala bi opasnost onemogućavanja harmonizacijske svrhe Direktive 2003/49 i svih drugih direktiva koje sadržavaju konkretne odredbe za sprječavanje zlouporaba (kao primjerice članak 6. Direktive 2016/1164). Osim toga, i već spomenuta zabrana izravne primjene neprenesenih odredbi direktive na štetu pojedinca na taj način bi bila lišena učinka⁴⁶.

2. Neprimjenjivost sudske prakse o propisima o porezu na dodanu vrijednost

103. Tomu se ne protive odluke Suda⁴⁷ u predmetima Italmoda i Cussens. U tim predmetima Sud je odlučio da načelo zabrane zlouporaba treba tumačiti na način da se ono, neovisno o nacionalnoj mjeri kojom ga se provodi u nacionalnom pravnom poretku, može izravno primijeniti kako bi se odbilo izuzeti od poreza na dodanu vrijednost, pri čemu se to ne protivi načelima pravne sigurnosti i zaštite legitimnih očekivanja.

104. Međutim, obje te presude odnosile su se isključivo na propise o porezu na dodanu vrijednost. To se razlikuje od materije ovog slučaja. S jedne strane, propisi o porezu na dodanu vrijednost u većoj su mjeri usklađeni pravom Unije i znatnije utječu na interese prava Unije putem uz to vezanog financiranja Unije nego propisi država članica o porezu na dobit.

105. S druge strane, pravo Unije u skladu s člankom 325. stavcima 1. i 2. UFEU-a obvezuje države članice na (djelotvornu) naplatu poreza na dodanu vrijednost⁴⁸, dok to nije slučaj s propisima o porezu na dobit. Tome je još potrebno dodati posebnu osjetljivost propisa o porezu na dodanu vrijednost na prijevare koja uvjetuje posebno djelotvornu provedbu poreznih zahtjeva. U tom pogledu i sam Sud u svojoj najnovijoj presudi razlikuje propise o porezu na dodanu vrijednost i sekundarno pravo Unije koje izričito sadržava dopuštenje za borbu protiv zlouporaba⁴⁹. Stoga nije moguća izravna primjena članka 5. Direktive 2003/49 na štetu poreznog obveznika⁵⁰.

42 Tako izričito presuda od 5. srpnja 2007., Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, t. 42.)

43 Presude od 22. studenoga 2017., Cussens i dr. (C-251/16, EU:C:2017:881, t. 49.), od 21. rujna 2017., DNB Banka (C-326/15, EU:C:2017:719, t. 41.), od 5. srpnja 2007., Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, t. 42.), od 19. studenoga 1991., Francovich i dr. (C-6/90 i C-9/90, EU:C:1991:428, t. 21.), vidjeti također moje mišljenje u predmetu Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, t. 66.).

44 Presuda od 5. srpnja 2007., Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, t. 42.), i moje mišljenje u predmetu Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, t. 65), vidjeti *ex multis* i presudu od 5. listopada 2004., Pfeiffer i dr. (C-397/01 do C-403/01, EU:C:2004:584, t. 108.), i navedenu sudsku praksu.

45 Vidjeti moje mišljenje u predmetu Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, t. 67.) i presudu od 5. srpnja 2007., Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, t. 38. i sljedeće). Vidjeti u tom pogledu moje mišljenje u predmetu Satakunnan Markkinapörssi i Satamedia (C-73/07, EU:C:2008:266, t. 103.).

46 Nejasno u tom pogledu presuda od 22. studenoga 2005., Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709, t. 74. do 77.), vidjeti u tom pogledu već moje mišljenje u predmetu Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, t. 67.), točnije i presuda od 5. srpnja 2007., Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, t. 42.).

47 Presude od 22. studenoga 2017., Cussens i dr. (C-251/16, EU:C:2017:881) i od 18. prosinca 2014., Schoenimport „Italmoda” Mariano Previti (C-131/13, C-163/13 i C-164/13, EU:C:2014:2455)

48 Presuda od 8. rujna 2015., Taricco i dr. (C-105/14, EU:C:2015:555, t. 36. i sljedeće), od 26. veljače 2013., Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, t. 26.)

49 Tako izričito presuda od 22. studenoga 2017., Cussens i dr. (C-251/16, EU:C:2017:881, t. 28., 31. i 38.)

50 Vidjeti u istom smislu presudu od 5. srpnja 2007., Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, t. 42.).

3. Postojanje nacionalne odredbe posebno usmjerene protiv zlouporabe

106. Na nacionalnom je sudu, međutim, da ispita mogu li se već opće odredbe ili načela nacionalnog prava (u to se ubrajaju i načela razvijena u sudskoj praksi) uz tumačenje u skladu s pravom Unije ipak primijeniti u ovom slučaju, a iz kojih bi eventualno moglo proizaći poreznopravno zanemarivanje prividnih poslova ili zabrana pozivanja na određene poreznopravne pogodnosti u svrhu zlouporabe.

107. Točno je da u skladu sa sudskom praksom Suda, kako bi se ograničenje slobode poslovnog nastana moglo opravdati razlozima borbe protiv zlouporaba, posebna svrha takvog ograničenja mora biti sprečavanje stvaranja potpuno umjetnih konstrukcija bez ikakve veze s ekonomskom stvarnošću s ciljem izbjegavanja plaćanja poreza koji se uobičajeno mora platiti na dobit iz djelatnosti koje su obavljane na nacionalnom teritoriju⁵¹.

108. Iz tog se razloga na pitanja 2.1. i 3. može odgovoriti da ni članak 2. stavak 2. točka (d) danskog Zakona o porezu na dobit ni odredba ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja čija se primjena na oporezivanje kamata temelji na ovlaštenom korisniku, nisu dovoljni da bi se mogli smatrati prenošenjem članka 5. Direktive 2003/49.

109. Međutim, to se treba drugačije ocijeniti u kontekstu primjene takozvane doktrine stvarnosti i načela „stvarnog primatelja primitaka” u Danskoj u skladu s pravom Unije. Oni su razvijeni upravo kako bi se riješila problematika koja proizlazi iz toga da građansko pravo omogućuje mnogo aranžmana, ali porezno pravo oporezuje ekonomske situacije. Stoga se ta pravna načela usmjeravaju upravo posebno protiv umjetnih aranžmana ili zlouporabe prava pojedinca i stoga načelno predstavljaju i dovoljno specifičnu pravnu osnovu za ograničenje slobode poslovnog nastana. S obzirom na to da su tužitelji u glavnom postupku na raspravi više puta uputili na to da Danska nije izričito prenijela članak 5. Direktive 2003/49, to stoga ne bi bilo štetno. Međutim, na nacionalnom je sudu da to ocijeni u konkretnom slučaju.

110. „Doktrina stvarnosti” razvijena u Danskoj tumačena u skladu s pravom Unije mogla bi biti dovoljna osnova da se potpuno umjetni aranžmani ili aranžmani koji su zlouporabe – ako se radi o takvima (vidjeti u tom pogledu pobliže točku 57. i sljedeće ovog mišljenja) – zanemare pri oporezivanju. Čini mi se da i „doktrina stvarnosti” nije ništa drugo nego poseban oblik ekonomskog gledišta koji je temelj većine propisa za sprečavanje zlouporaba u pojedinim državama članicama⁵². To je vidljivo i na razini Unije, primjerice u članku 6. stavku 2. Direktive 2016/1164, prema kojem se aranžman smatra neautentičnim u mjeri u kojoj nije uspostavljen iz valjanih komercijalnih razloga koji odražavaju gospodarsku stvarnost. To međutim mora ocijeniti nacionalni sud.

111. Potonje, međutim, mora ocijeniti nacionalni sud. Ako je svrha aranžmana sprečavanje oporezivanja vjerovnika kamata (C Caymans Islands) ili njegovih vlasnika udjela (C USA), tada se unatoč formalnoj isplati švedskom društvu s ekonomskog gledišta radi zapravo o isplati matičnom društvu (C Cayman Islands) u trećoj državi. Isplata švedskom društvu ne odražava u tom slučaju ekonomsku nego samo građanskopravnu (formalnu) stvarnost. To je osobito slučaj ako se može zaključiti o postojanju potpuno umjetne konstrukcije bez ikakve veze s ekonomskom stvarnošću (vidjeti u tom pogledu točku 65. i sljedeće ovog mišljenja).

51 Presude od 18. lipnja 2009., Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377, t. 64.), 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.)

52 Često se u državama članicama oslanja na stvarni sadržaj akta ili transakcije – tako primjerice u Finskoj, Mađarskoj, Irskoj, Italiji, Litvi, Nizozemskoj, Portugalu i Sloveniji.

D. Povreda temeljnih sloboda (pitanja 5. i 6.)

112. Ako švedsko društvo C Sverige II – kako se navodi u točki 34. i sljedećim ovog mišljenja – treba smatrati ovlaštenim korisnikom, na pitanja 5. i 6. suda koji je je uputio zahtjev nije potrebno odgovoriti.

113. Ako sud koji je uputio zahtjev pri primjeni načela nacionalnog prava u skladu s pravom Unije dođe do zaključka da postoji aranžman koji je zlouporaba, primijenit će se eventualno oporezivanje po odbitku. Međutim, tada se pitanje više ne postavlja u ovom slučaju jer je to oporezivanje posljedica zlouporabe i prema sudskoj praksi Suda pozivanje na pravo Unije u svrhu zlouporabe nije dopušteno⁵³.

114. Ako međutim društvo C Cayman Islands treba smatrati ovlaštenim korisnikom, a da nije utvrđeno da postoji aranžman koji je zlouporaba, tada se postavlja to pitanje. U tom pogledu Sud je također već odlučio da se različit tretman primatelja kamata rezidenata i primatelja kamata nerezidenata zbog različite tehnike oporezivanja već ne odnosi na usporedive situacije.⁵⁴ Čak i ako se to ocijeni kao usporediva situacija, u skladu sa sudskom praksom Suda ograničenje temeljne slobode je opravdano sve dok porezno opterećenje porezom po odbitku kao što je dansko nije teže za primatelja kamata nerezidenta (ovdje društvo C Sverige II), nego dansko opterećenje porezom na dobit za primatelja kamata rezidenta⁵⁵.

115. Isto vrijedi za različit obračun kamata odnosno nastanak duga po osnovi danskog poreza na dobit u slučaju primatelja kamata i danske obveze obustave poreza po odbitku kod isplatitelja kamata. To nisu usporedive situacije, jer se jednom duguje *vlastiti* porez (porez na dobit), a u drugom slučaju se za primatelja kamata obustavlja i plaća zapravo *tudi* porez (njegov porez na dohodak ili porez na dobit). Različit nastanak i obračun kamata posljedica su različitih tehnika i funkcije oporezivanja porezom po odbitku (o tome u točki 84. ovog mišljenja).

VI. Zaključak

116. Stoga predlažem da se na pitanja koja je postavio Østre Landsret (Žalbeni sud regije Istok, Danska) odgovori kako slijedi:

- 1.) Na pitanja 1. do 1.4. treba odgovoriti na način da društvo koje je rezident druge države članice i koje je vjerovnik tražbine s kamatama, načelno treba smatrati ovlaštenim korisnikom u smislu članka 1. stavka 1. Direktive Vijeća 2003/49/EZ od 3. lipnja 2003. o zajedničkom sustavu oporezivanja isplate kamata i [naknada za] licencije između povezanih trgovačkih društava različitih država članica. To nije slučaj ako ono ne djeluje za vlastiti račun, nego za tuđi račun za treću osobu.

Pojam ovlaštenog korisnika treba tumačiti samostalno u pravu Unije i neovisno o članku 11. predložka porezne konvencije OECD-a iz 1977. ili o kasnijim verzijama.

- 2.) Na pitanje 2. treba odgovoriti da se država članica ne može pozivati na članak 5. Direktive 2003/49 ako ga nije prenijela.

⁵³ Vidjeti *ex multis*: presuda od 22. studenoga 2017., Cussens i dr. (C-251/16, EU:C:2017:881, t. 27.), od 21. veljače 2006., Halifax i dr. (C-255/02, EU:C:2006:121, t. 68.), od 14. prosinca 2000., Emsland-Stärke (C-110/99, EU:C:2000:695, t. 51.) i navedenu sudsku praksu.

⁵⁴ Presuda od 22. prosinca 2008., Truck Center (C-282/07, EU:C:2008:762, t. 41.); potvrđeno presudom od 18. listopada 2012., X (C-498/10, EU:C:2012:635, t. 26.).

⁵⁵ Vidjeti presude od 17. rujna 2015., Miljoen i dr. (C-10/14, C-14/14 i C-17/14, EU:C:2015:608, t. 90.) i od 18. listopada 2012., X (C-498/10, EU:C:2012:635, t. 42. i sljedeće.).

- 3.) U pogledu pitanja 3. treba odgovoriti da se ni članak 2. stavak 2. točka (d) danskog Zakona o porezu na dobit ni odredba ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja koja odgovara članku 11. predložka porezne konvencije OECD-a ne mogu smatrati dovoljnim za prijenos članka 5. Direktive 2003/49. Međutim, to ne zabranjuje tumačenje i primjenu općih pravila i načela nacionalnog prava u skladu s pravom Unije, čiji je cilj omogućiti postupanje posebno protiv umjetnih aranžmana ili zlouporabe prava pojedinca.
- 4.) Na pitanje 4. treba odgovoriti na način da pretpostavka zlouporabe ovisi o sveukupnoj ocjeni okolnosti pojedinog slučaja koja je na nacionalnom sudu.
 - a) Zlouporaba u poreznom pravu može postojati u slučaju potpuno umjetnih konstrukcija bez ikakve veze s ekonomskom stvarnošću ili ako je osnovni cilj konstrukcije izbjegavanje poreza koji bi se morao platiti u skladu sa svrhom zakona. Pritom porezna uprava mora dokazati da bi pri autentičnom aranžmanu postojao odgovarajući zahtjev za naplatu poreza, dok porezni obveznik mora dokazati da su postojali značajni neporezni razlozi za odabrani aranžman.
 - b) U slučaju izbjegavanja oporezivanja po odbitku za isplate kamata društvima za investicije koja su rezidenti trećih država, ponajprije je moguće izbjegavanje oporezivanja kamatnih primitaka stvarnih primatelja kamata (to jest ulagača). Zlouporaba se može osobito pretpostaviti ako je cilj izabrane strukture poduzeća iskorištavanje određenih informacijskih nedostataka među uključenim državama kako bi se spriječilo učinkovito oporezivanje stvarnih primatelja kamata.
 - c) Nadalje, treba odgovoriti da država članica koja ne želi priznati da je društvo koje je rezident druge države članice ovlašten korisnik kamata za pretpostavku zlouporabe mora navesti tko je stvarni ovlašten korisnik. Pritom u situacijama s međunarodnim elementom porezni obveznik, međutim, može imati veću dužnost suradnje.
- 5.) S obzirom na prethodno dane odgovore na pitanja 1. i 4., nije potrebno odgovoriti na pitanja 5. i 6.