



## Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNE ODVJETNICE  
JULIANE KOKOTT  
od 1. ožujka 2018.<sup>1</sup>

**Predmet C-299/16**

**Z Denmark  
protiv  
Skatteministeriet**

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Vestre Landsret (Žalbeni sud regije Zapad, 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 druga usporedna postupka<sup>2</sup>, pozvan odlučiti u kojim okolnostima građanskopravnog ovlaštenog korisnika kamata treba smatrati i ovlaštenim korisnikom u smislu Direktive o kamatama i licencijama<sup>3</sup>. 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 ulagači preko investicijskog društva koje je rezident u trećoj državi pozajmili novac jednom njegovom ovisnom danskom društvu. Očito je da su odgovarajuća obveza na temelju zajma te udjeli danskog društva preneseni na društvo koje je osnovano u Luksemburgu jer je Danska uvođenjem poreza po odbitku na nepovoljniji način izmijenila poreznopravni okvir za inozemne ulagače. Pritom je tijekom njihova prijenosa društvo za investicije osiguralo zajam u jednakom iznosu. Uključivanjem društva sa sjedištem u drugoj državi Europske unije pokušava se, među ostalim, izbjeći danski porez po odbitku na isplate kamata.

<sup>1</sup> Izvorni jezik: njemački

<sup>2</sup> Konkretno, to su spojeni predmeti C-115/16, C-118/16 i C-119/16.

<sup>3</sup> 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. Sva navedena pitanja odnose se u konačnici na načelni sukob u poreznom pravu između građanskopravne slobode odabira aranžmana koju imaju porezni obveznici i sprječavanja aranžmana koji su valjani s aspekta građanskog prava, ali koji ipak u određenim okolnostima predstavljaju zlouporabu. Iako ta problematika postoji još od izuma modernog poreznog prava, razgraničenje između dopuštenog i nedopuštenog minimiziranja porezne obveze ostaje teško. 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 prava čak i ako je jedini motiv bila ušteda poreza.

4. S obzirom na politički uzavreću atmosferu protiv poreznih praksi određenih globalno aktivnih koncerna, razgraničenje koje ovdje treba provesti nije jednostavna zadaća za Sud i ne bi trebalo svako ponašanje pojedinca čiji je cilj smanjenje porezne obveze proglasiti zlouporabom.

## 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. Direktivom 2003/49 u uvodnim izjavama 1. do 6. 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 „Prijevarama 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. Dansko-luksemburški ugovor o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja (u daljnjem tekstu: UIDO) od 17. studenoga 1980. 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 ‚ovlašteni korisnik’ kamata.”

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

## **C. Dansko pravo**

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

14. Zakonom o oporezivanju dioničkih društava (u daljnjem tekstu: Zakon o porezu na dobit)<sup>4</sup> u članku 2. stavku 1. točki (d) uređuje se 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, udruge 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 [...] (poslovni nastan inozemnog društva) [...] ima prema inozemnim pravnim osobama koje su navedene u članku 3. B Skattekontrollova (Zakon o poreznom nadzoru) (kontrolirana obveza).

<sup>4</sup> 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.)

Porezna obveza ne obuhvaća kamate ako se one, na temelju Direktive 2003/49/EZ o zajedničkom 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 i sl. 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 iz 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 porez u sniženom iznosu.

16. Suprotno tomu, 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 odbitku<sup>5</sup> isplatitelj kamate mora u skladu s člankom 65. D obustaviti porez po odbitku („porez na kamate”).

17. U poreznim godinama 2006. i 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.

18. Od 2006. do 2008. u Danskoj nisu postojale opće zakonske odredbe o sprječavanju zlouporaba. 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 fiktivni i umjetni porezni aranžmani u određenim okolnostima mogu ne uzeti u obzir i da se umjesto toga oporezivanje može usmjeriti na stvarnost („substance-over-form”). Stranke se slažu da doktrina stvarnosti ne pruža temelj za to da se pravne radnje poduzete u ovom slučaju ne uzmu u obzir.

19. U danskoj je sudskoj praksi osim toga razvijeno takozvano načelo „stvarnog primatelja dohotka”. To se načelo temelji na temeljnoj odredbi o oporezivanju dohotka iz članka 4. danskog Poreznog zakonika (statsskatteloven) i znači da porezna tijela nisu obvezna prihvatiti umjetnu odvojenost poduzeća/djelatnosti koji stvaraju dohodak/dohotke od raspodjele dohodaka 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 dohodci. „Stvarni primatelj dohotka” je prema tome porezni obveznik za odnosne dohotke.

### III. Glavni postupak

20. Društvo Z Denmark dansko je industrijsko poduzeće u kojem je udjele u visini od oko 66 % u kolovozu 2005. preuzelo društvo za investicije A Fund. U kontekstu preuzimanja – 27. rujna 2005. – društvo A Fund osiguralo je društvu Z Denmark zajam s kamatom od 9 %.

21. Danska je 2006. odlučila uvesti oporezivanje po odbitku za kamate koje se isplaćuju u inozemstvo. Dana 28. travnja 2006. društvo A Fund osnovalo je u Luksemburgu društvo Z Luxembourg te je prenijelo tražbinu prema društvu Z Denmark na to društvo. Tijekom prijenosa društvo A Fund osiguralo je i društvu Z Luxembourg zajam s kamatnom stopom od 9,875 %. Ugovorom od 21. lipnja 2006. društvo A Fund prenijelo je svoje udjele u društvu Z Denmark na društvo Z Luxembourg.

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

22. Prema navodima suda koji je uputio zahtjev iz godišnjih financijskih izvješća društva Z Luxembourg za 2007. i 2006. proizlazi da mu je djelatnost samo držanje udjela u društvu Z Denmark. Godišnja financijska izvješća pokazuju da je društvo u 2006. imalo negativan rezultat u visini od 23 588 eura i u 2007. pozitivan rezultat u visini od 15 587 eura. Na poziciji „porezi na dobit” navodio se za jednu godinu (vjerojatno 2007.) iznos od 3733 eura.

23. Društvo Z Denmark isplatilo je zajam naveden u prethodnoj točki ovog mišljenja 1. studenoga 2007. Isti dan je i društvo Z Luxembourg isplatilo svoj dug prema društvu A fund uključujući i dospjele kamate.

24. Društvo A Fund sastoji se od pet investicijskih društava od kojih su četiri (prema danskom poreznom pravu) organizirana kao porezno transparentna<sup>6</sup> komanditna društva (Limited Partnerships) na Jerseyju.

25. Četiri transparentna investicijska društva imaju oko 70 izravnih ulagača, među njima mirovinske fondove, financijske institute, „fund-of-funds”, investicijske fondove i društva za investicije, obična društva i privatne osobe.

26. Ti su ulagači rezidenti mnogobrojnih zemalja unutar i izvan Europske unije kao i zemalja koje su s Danskom sklopile UIDO te zemalja koje to nisu učinile. Društvo A Fund (No 5) Limited, Jersey, organizirano je kao porezno netransparentno društvo koje drži oko 0,6 % udjela u društvu A Fund.

27. SKAT (Porezna uprava, Danska) u svojoj je odluci od 10. prosinca 2010. smatrao da društvo Z Luxembourg nije „ovlašteni korisnik” kamata u smislu Direktive 2003/49 i dansko-luksemburškog UIDO-a.

28. Utvrdio je da je društvo Z Denmark trebalo obustaviti porez po odbitku na kamate koje su 2006. i 2007. knjižene u korist imatelja većinskog udjela, društvu Z Luxembourg, te da odgovara za neplaćeni porez po odbitku.

29. Skatteministeriet (Ministarstvo financija, Danska) naveo je pred Vestre Landsretom (Žalbeni sud regije Zapad, Danska) da je društvo Z Luxembourg prema danskom pravu „stvarni primatelj dohodaka”. Društvo Z Luxembourg je stoga ograničeno oporezivo za sporne kamate.

30. Odluka SKAT-a (Porezna uprava) pobijana je pred Landsskatteretom (Državna žalbena komisija za porezna pitanja), koji ju je potvrdio odlukom od 31. siječnja 2012. Društvo Z Denmark pobijalo je odluku Landsskattereta (Državna žalbena komisija za porezna pitanja) pred Vestre Landsretom (Žalbeni sud regije Zapad, Danska).

31. Sada je Vestre Landsret (Žalbeni sud regije Zapad, Danska) odlučio pokrenuti prethodni postupak.

<sup>6</sup> Time se drukčije naznačuje činjenica da društva doduše mogu djelovati u pravnom prometu, međutim, da se poreznopravno dobit ne pripisuje njima nego neposredno njihovim članovima razmjerno udjelu u društvu koji su na to obvezni plaćati porez. Posljedica je toga da načelno ne oporezuje država rezidentnosti društva, nego država rezidentnosti članova društva s udjelima u „prihodima društva” (u ovom slučaju prihodi društava za investicije od kamata).

#### IV. Postupak pred Sudom

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

1. Treba li članak 1. stavak 1. u vezi s člankom 1. stavkom 4. Direktive 2003/49 tumačiti na način da društvo koje je rezident države članice i koje je obuhvaćeno člankom 3. te direktive, koje kao u konkretnom slučaju prima kamate od društva kćeri 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, 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. U slučaju potvrdnog odgovora na pitanje 1.1.: treba li taj pojam tada tumačiti isključivo u odnosu na komentare (komentar predložka) na članak 11. predložka porezne konvencije OECD-a (točka 8.) iz 1977. ili tumačenjem mogu biti obuhvaćeni i naknadni komentari, uključujući dopune iz 2003. u pogledu intermedijarnih društava (točka 8.1., sada točka 10.1.) te dopune iz 2014. u pogledu ugovornih ili pravnih obveza (točka 10.2.)?
  - 1.3. U slučaju da se komentari iz 2003. mogu uzeti u obzir: je li u tom slučaju važno za utvrđivanje da se društvo ne može smatrati „ovlaštenim korisnikom” u smislu Direktive 2003/49/EZ pribrajaju li se predmetne kamate glavnici („roll-up”), je li primatelj kamata imao ugovornu/pravnu obvezu prenijeti kamate na drugu osobu i jesu li većina osoba kojima se doznaju/isplaćuju kamate i koje država u kojoj je isplatitelj kamate rezident smatra „ovlaštenim korisnicima” kamata rezidenti u drugim državama članicama ili drugim državama s kojima je Danska sklopila ugovor o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja, tako da na temelju toga u danskom pravu ne bi postojala osnova za porez po odbitku da su te osobe bile zajmodavci i da su prema tome izravno primale kamate?
  - 1.4. Od kakve je važnosti za ocjenu pitanja treba li primatelja kamata smatrati „ovlaštenim korisnikom” u smislu Direktive činjenica da je sud koji je uputio zahtjev, nakon što je utvrdio činjenice u slučaju, zaključio da primatelj – koji nije bio ugovorno ili pravno obavezan primljene kamate prenijeti na drugu osobu – u biti nije imao pravo na „korištenje i uporabu” kamata („use and enjoy”) kao što se to navodi u komentarima iz 2014. o predložku 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 prijevара ili zloporaba, 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, zloporabi i utaji poreza koji se mogu tumačiti u skladu s člankom 5.?
  - 2.1. U slučaju potvrdnog odgovora na pitanje 2.: može li se članak 2. stavak 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 predložkom porezne konvencije OECD-a, prema kojoj oporezivanje kamata ovisi o tome smatra li se primatelj kamata ovlaštenim korisnikom kamata, na temelju sporazuma odredba potrebna za sprječavanje zloporaba koja je obuhvaćena člankom 5. te direktive?

4. Je li država članica koja ne želi priznati da je društvo u drugoj državi članici ovlašten korisnik kamata i tvrdi da je to društvo takozvano fiktivno intermedijarno društvo na temelju Direktive 2003/49 ili članka 10. UEZ-a u tom slučaju obvezna navesti koga smatra ovlaštenim korisnikom?
5. U slučaju kada je isplatelj kamata rezident u državi članici i primatelj kamata rezident u drugoj državi članici te se primatelj kamata u prvoj državi članici ne smatra „ovlaštenim korisnikom” spornih kamata u smislu Direktive 2003/49 i stoga se u toj državi članici smatra djelomično oporezivim za kamate, protive li se članku 43. UEZ-a u vezi s člankom 48. UEZ-a propisi prema kojima prva država članica pri oporezivanju nerezidentnih primatelja kamata ne uzima u obzir izdatke u obliku izdataka za kamate koje je primatelj kamata imao u okolnostima kao u glavnom postupku, dok se izdaci za kamate u skladu s pravom te države članice općenito mogu odbiti i stoga se kod rezidentnog primatelja kamata mogu odbiti od njegova oporezivog dohodka?
6. Ako se za društvo koje je rezident u državi članici (matično društvo) konkretno smatra da u skladu s Direktivom 2003/49 nije izuzeto od poreza po odbitku na kamate primljene od društva (društvo kći) koje je rezident u drugoj državi članici, 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 kojima porezni obveznik koji je obvezan obustaviti porez po odbitku (društvo kći) u potonjoj državi članici u slučaju zakašnjelog plaćanja poreza po odbitku plaća zatezne kamate po višim stopama od onih 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?
7. Ako se za društvo koje je rezident u državi članici (matično društvo) konkretno smatra da u skladu s Direktivom 2003/49 nije izuzeto od poreza po odbitku na kamate primljene od društva (društvo kći) koje je rezident u drugoj državi članici, 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) – razmatrajući u cijelosti ili zasebno – propisi na temelju kojih:
  - (a) potonja država članica od isplatelja kamata 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 mnogo kasnije od datuma dospjeća poreza po odbitku?

Od Suda Europske unije traži se da odgovor na pitanje 6. uvrsti u svoj odgovor na pitanje 7.

33. Pisana očitovanja o prethodnim pitanjima pred Sudom su podnijeli društvo Z Denmark, Kraljevina Danska, Savezna Republika Njemačka, Republika Austrija, Kraljevina Švedska, Talijanska Republika, Kraljevina Nizozemska i Europska komisija. Na raspravi održanoj 10. listopada 2017., koja je obuhvatila i predmete C-115/16 do C-119/16, sudjelovali su društvo Z Denmark, 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 treba 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 porezne konvencije OECD-a (u daljnjem tekstu: PK-OECD) i njegovih komentara (takozvani komentar predložka porezne 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 jednak porezni tretman unutarnjih i vanjskih 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 sprječavanje 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 kamata<sup>7</sup>.

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 kamata<sup>8</sup>.

38. To potvrđuje članak 1. stavak 4. Direktive 2003/49. Njime se isključuje mogućnost da se ovlaštenim korisnikom smatraju agent, povjerenik ili ovlašteni potpisnik. Kod tih u tom članku navedenih osoba 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 na vlastitu korist) on i ovlašteni korisnik.

39. Sud koji je uputio zahtjev navodi da je tražbina na temelju zajma društva A Fund prema društvu Z Denmark prenesena na društvo Z Luxembourg. Stoga to društvo kamate koje mu plaća društvo Z Denmark prima u vlastito ime. Slijedom toga, ključno je pitanje prima li ono te kamate za vlastiti ili za tuđi račun (primjerice za društvo A Fund odnosno njegove ulagače). 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 ona 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.

<sup>7</sup> Presuda od 21. srpnja 2011., Scheuten Solar Technology (C-397/09, EU:C:2011:499, t. 28.)

<sup>8</sup> 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. Isključeno je postojanje javnog povjerenstva društva Z Luxembourg u korist društva A Fund ili ulagača. 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 vanjskom odnosu prema trećima prelaze okvire njegovih obveza 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. Takav odnos ovdje nije vidljiv.

42. Postoji li u ovom slučaju zbog povijesti nastanka i stupnja povezanosti sudjelujućih društava s ekonomskog gledišta eventualno neka vrsta prikrivenog povjerenstva društva Z Luxembourg u korist društva A Fund ili ulagača, može odlučiti samo sud koji je uputio zahtjev u okviru sveobuhvatne ocjene. Međutim, Sud može dati korisne upute o tome.

43. Ugovorom dogovoreno refinanciranje od treće osobe (ovdje društvo A Fund) pod sličnim uvjetima i uz određenu vremensku povezanost kao u ovom slučaju samo po sebi nije dovoljno za pretpostavku postojanja odnosa povjerenstva. 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 utjecaja 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 povjerenstvo u smislu članka 1. stavka 4. Direktive 2003/49 nadilazi ugovor o zajmu između društava povezanih u smislu prava društava.

44. Naprotiv, morala bi postojati veća povezanost u unutarnjem odnosu (to jest u odnosu društva A Fund prema društvu Z Luxembourg) koja ograničava ovlasti koje društvo Z Luxembourg ima prema trećima. Takva pravna povezanost ovdje zasad nije vidljiva. U svakom slučaju ta povezanost ne nastaje samim time da se za zajam primjenjuje vlasnički kapital ili da se kamate pribrajaju glavnom dugu ili da se kod primatelja pretvaraju u vlasnički kapital.

45. Smatram, međutim, da bi drukčije bilo da se, primjerice, izdaci društva Z Luxembourg nisu mogli financirati iz prihoda od kamata, nego da su se kamate samostalno i u cijelosti dalje prenosile. Drukčije bi moglo eventualno vrijediti i da su kamatna stopa refinanciranja i primljena kamatna stopa identične ili da uključeno društvo nema vlastitih troškova koji se podmiruju iz njegovih dohodaka od kamata. Također, nešto drugo bi vrijedilo ako rizik sposobnosti plaćanja društva koje je rezident u Danskoj (Z Danmark 1) snosi društvo A Fund jer u tom slučaju prestaje postojati i dug koji na temelju zajma ima društvo Z Luxembourg prema društvu A Fund. Postoje li takve naznake može, međutim, odlučiti samo sud koji je uputio zahtjev.

46. Ako sud koji je uputio zahtjev na temelju svih okolnosti pojedinačnog slučaja prihvati postojanje takvog odnosa povjerenstva, prema tekstu članka 1. stavka 4. Direktive 2003/49 povjerenik bi zaista bio ovlašten korisnik u smislu Direktive 2003/49. U slučaju da isplata kamata povjereniku preko povjerenika ispunjava i pretpostavke iz Direktive 2003/49, još uvijek bi se ostvarilo izuzeće od oporezivanja po odbitku.

### ***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 ima tražbinu s kamatama treba smatrati ovlaštenim korisnikom u smislu članka 1. stavka 1. Direktive 2003/49. Drukčije vrijedi ako to društvo ne djeluje u vlastito ime i za vlastiti račun nego na temelju (po potrebi prikrivenog) odnosa povjerenstva 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 model ugovora 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 predložka porezne konvencije OECD-a i ako da, treba li uzeti u obzir i komentare predložka porezne konvencije koji je izrađen nakon donošenja Direktive.

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

50. Predložci 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; naprotiv, države članice u skladu s Poslovníkom OECD-a mogu preispitati u tom pogledu smatraju li njihovu primjenu primjerenom<sup>9</sup>. 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 konvencije<sup>10</sup>. Isto vrijedi za orijentiranje na međunarodno pravno uvjerenje koje se može odražavati u komentarima predložaka poreznih konvencija 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 predložka porezne konvencije OECD-a i (tadašnjim) komentarima tog predložka 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 Unije<sup>11</sup>. To osobito vrijedi za izmjene predložka porezne konvencije OECD-a i komentare koji su usvojeni nakon donošenja direktive. U suprotnom države ugovornice OECD-a imale bi mogućnost odlučivati o tumačenju direktive EU-a.

54. Ako se, međutim, komentarima OECD-a ne pridaje izravni obvezujući učinak i ako Direktiva 2003/49 u članku 1. stavku 4. čini razliku ovisno o tome prima li vjerovnik plaćanja za vlastitu dobrobit, a ne kao povjerenik, tada je to odlučujuće pitanje (prava Unije) za pretpostavku postojanja ovlaštenog korisnika u smislu članka 1. stavka 1. Direktive 2003/49. Ako se ne radi o (po potrebi prikrivenom) povjerenstvu, tada je građanskopravni nositelj prava također ovlašteni korisnik u skladu s Direktivom 2003/49. To je u konačnici i sličan pristup onome u novijim komentarima predložka porezne konvencije OECD-a.

<sup>9</sup> Rule 18 lit. 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>.

<sup>10</sup> 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.).

<sup>11</sup> Presuda od 19. siječnja 2006., Bouanich (C-265/04, EU:C:2006:51, t. 50. i 56.)

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 porezne konvencije OECD-a iz 1977. ili o kasnijim verzijama. Stoga je nepotrebno odgovarati na pitanje 1.3.

## **B. Kriteriji za pretpostavku zlouporabe (pitanje 2.)**

56. Svojim drugim pitanjem sud koji je uputio zahtjev u biti pita može li se država članica pozivati na članak 5. Direktive 2003/49 za sprječavanje prijevara i zlouporaba. To nužno pretpostavlja da se kod aranžmana kao u ovom slučaju, kojim se, među ostalim, izbjegava oporezivanje po odbitku u Danskoj, radi o zlouporabi u smislu članka 5. Direktive 2003/49, što stoga valja ispitati u nastavku.

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 preispitati<sup>12</sup>. Točno je da tu sveukupnu ocjenu mora provesti nacionalni sud<sup>13</sup>. Za ocjenu odvijaju li se radnje u okviru uobičajenih trgovačkih transakcija ili služe samo zlouporabi prednosti predviđenih zakonodavstvom Unije<sup>14</sup>, Sud može sudu koji je uputio zahtjev ipak dati korisne smjernice<sup>15</sup>.

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 u tom pogledu i šestu uvodnu izjavu).

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

61. Tom se odredbom u konačnici izražava ono što je prihvaćeno 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 zluporabu prednosti predviđenih zakonodavstvom Unije<sup>16</sup>.

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

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

14 Presude od 12. rujna 2006., Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, i. 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 tamo navedena sudska praksa); vidjeti i moje mišljenje u predmetu Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, t. 57.).

15 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.)

16 Presuda 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.), od 12. rujna 2006., Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, t. 35.), od 21. veljače 2006., Halifax i dr. (C-255/02, EU:C:2006:121, t. 68. i 69.) i 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.).

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 spajanjima<sup>17</sup> u njezinu 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 poreza<sup>18</sup> (u daljnjem tekstu: Direktiva 2016/1164), koja još nije primjenjiva na godine na koje se odnosi spor, definira pojam zlouporabe. U skladu s time za odluku radi li se o neautentičnom aranžmanu odlučujuće je da mu je glavna svrha ili jedna od glavnih svrha stjecanje porezne prednosti kojom se poništavaju cilj ili svrha primjenjivog poreznog prava. U skladu sa stavkom 2. aranžman se smatra 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 tuzemstvu<sup>19</sup>. Sud je u međuvremenu više puta odlučio da je za to dovoljno ako traženje porezne prednosti nije isključivi cilj<sup>20</sup>, nego osnovni cilj konstrukcije<sup>21</sup>.

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 u potpunosti umjetno iskonstruirane predstavlja samo okolnost da je osnovni cilj ostvarivanje porezne prednosti<sup>22</sup>.

17 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.)

18 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.)

19 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.).

20 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., Ampliscientifica i Amplifin (C-162/07, EU:C:2008:301, t. 28.).

21 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.)

22 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. Može li se zaključiti o postojanju potpuno umjetne konstrukcije bez ikakve veze s ekonomskom stvarnošću ne može ocjenjivati Sud. S jedne strane, za to nisu dostatne činjenice koje je priopćio sud koji je uputio zahtjev. S druge strane, na sudu je koji je uputio zahtjev da ih ocijeni. Sud može dati samo smjernice:

66. Kao što je Sud nedavno odlučio, okolnost da se aktivnost sastoji od upravljanja imovinom ili da prihodi potječu samo od tog upravljanja ne može sama po sebi implicirati postojanje potpuno umjetne konstrukcije bez ikakve veze s ekonomskom stvarnošću<sup>23</sup>. 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. Ako se zaista radi o valjanom osnivanju, ako je društvo stvarno dostupno u njegovu sjedištu i na lokaciji raspolaže odgovarajućim sredstvima i osobljem kako bi ostvarilo svoj cilj (ovdje upravljanje ugovorom o zajmu), ne može se govoriti o konstrukciji bez ikakve veze s ekonomskom stvarnošću.

67. Usto, protiv potpuno umjetnog aranžmana govori činjenica da u 2006. postoji gubitak i u 2007. dobit luksemburškog društva koji očito proizlaze iz određenih ekonomskih aktivnosti. Osobito ako je kamatna stopa koja se plaća društvu A Fund veća od kamatne stope koju prima društvo Z Denmark, za pozitivan rezultat i na to vezano oporezivanje morali su postojati daljnji prihodi društva Z Luxembourg. Detaljnije naznake da te aktivnosti postoje isključivo na papiru ne mogu se razaznati iz zahtjeva za prethodnu odluku nacionalnog suda.

68. Međutim, smatram da to ne isključuje mogućnost da ipak može postojati zlorabni poreznopravni aranžman, kao što pokazuje tekst novog članka 6. Direktive 2016/1164.

### **b) Neporezni razlozi koje valja uzeti u obzir**

69. Stoga su u ovom slučaju od odlučujuće važnosti 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 ne predstavlja sama po sebi zlorabu<sup>24</sup>. Sama činjenica da je u ovu poduzetničku transakciju s inozemnim ulagačima uključeno i društvo iz Luksemburga stoga nije dovoljna za pretpostavku o postojanju zlorabe.

71. Nadalje, kada porezni obveznik ima mogućnost izbora između dviju transakcija, on nije dužan izabrati onu koja pretpostavlja plaćanje najvišeg iznosa poreza, već ima, suprotno tomu, pravo izabrati strukturu svojeg poslovanja tako da ograniči porezni dug<sup>25</sup>. Sud je nadalje naveo da su porezni obveznici općenito slobodni izabrati organizacijske strukture i transakcijske modalitete za koje

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

24 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.).

25 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.)

smatraju da najbolje odgovaraju njihovim gospodarskim aktivnostima i ograničenju njihova poreznog opterećenja<sup>26</sup>. 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 što je namjeravao iskoristiti povoljniji porezni sustav u drugoj državi članici koja nije država čiji je rezident<sup>27</sup>. Tako se, kao u ovom slučaju, transakcijska struktura koja uključuje državu članicu koja se odriče poreza po odbitku ne može samo zbog toga ocijeniti kao zlouporaba.

73. U tom pogledu sloboda poslovnog nastana obuhvaća i izbor države članice koja odnosnom poduzeću s njegova stajališta pruža najbolji poreznopravni okvir. Ako to načelo vrijedi za znatno usklađenije propise o porezu na dodanu vrijednost<sup>28</sup>, tada osobito vrijedi za u manjoj mjeri usklađene propise o porezu na dobit kod kojih se u pravu Unije želi postići različitost poreznih sustava<sup>29</sup> pojedinih država članica, odnosno ona se politički svjesno prihvaća.

74. Osim toga, Sud je s obzirom na ovdje relevantnu temeljnu slobodu pojasnio da okolnost da rezidentnom društvu zajam osigurava povezano društvo koje je rezident druge države članice ne može sama po sebi biti temelj za općenitu pretpostavku zlouporabe i opravdati mjeru koja ograničava ostvarivanje temeljne slobode zajamčene Ugovorom<sup>30</sup>. 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 kćerima<sup>31</sup>. Ni u Direktivi 2003/49 nema razlikovanja u tom pogledu. Činjenica da je imatelj udjela u društvu Z Luxembourg društvo iz treće države stoga i pri izoliranom razmatranju ne predstavlja zlouporabu.

76. Smatram da u ovom slučaju odlučujuću važnost u okviru sveukupne ocjene ima i povijest nastanka konstrukcije koja se smatra zlouporabom. Prema navodima stranaka na raspravi u prošlosti je zbog poreznog zakonskog uređenja u Danskoj bilo povoljno kao inozemni ulagač steći operativna društva u Danskoj. To je zakonsko uređenje Danska kasnije (za 2006.) izmijenila na nepovoljniji način tako da je uvela odgovarajući porez po odbitku koji je doveo do dodatnog i konačnog poreznog opterećenja.

77. Sve države slobodne su izmijeniti porezno pravo na snazi. Međutim, time se mijenjaju i ekonomske osnovice izračuna za sudjelujuće subjekte. Pokušaj da se zadrže prvotne osnovice izračuna transakcije poduzeća (ovdje stjecanja operativnog danskog društva uz pomoć inozemnog ulagača) ne čini mi se pritom zlouporabom. Od svakog se poduzeća naime očekuje da ekonomski kalkulira.

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

27 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.).

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

29 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 dopuštena 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.).

30 Presude od 13. ožujka 2007., Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, t. 73.) i od 12. rujna 2006., Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, t. 50.); vidjeti u tom smislu presudu 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.)

31 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*

78. Međutim, u ovom je slučaju značajnije da stvarni ulagači – ovdje društvo A Fund sa svojih pet društava za investicije neovisno o tome treba li ih smatrati poreznopravno transparentnim ili netransparentnim – često svoja sjedišta imaju u određenim trećim državama (u pravilu na određenim manjim otocima kao što su Kajmanski Otoci<sup>32</sup>, Bermuda<sup>33</sup> ili kao u ovom slučaju Jersey). To eventualno upućuje na u cijelosti neobično postupanje čije se gospodarsko uporište ne pokazuje na prvi pogled. Društva za investicije mogla su osnovati sjedište u drugim državama, osobito ako se ionako – kao što ističe zastupnik tužitelja na raspravi – trebaju smatrati poreznopravno transparentnima.

79. U tom se pogledu cijela konstrukcija može smatrati zloporabnim aranžmanom manje zbog „posredničkog uključivanja” luksemburškog društva, a više zbog „poslovnog nastana” društ(a)va za investicije u određenim trećim državama. Na ovom mjestu posebno je značajna svrha aranžmana, odnosno svrha zaobilaženog poreznog zakona (ovdje oporezivanje u Danskoj).

#### *1) Izbjegavanje danskog poreza na dobit*

80. Pritom prije svega treba utvrditi da Danska nije onemogućena u oporezivanju dobiti stečenog operativnog društva (Z Danmark). Ta se dobit u potpunosti normalno oporezuje u državi rezidentnosti (to jest u Danskoj).

81. Činjenica da je ta dobit smanjena isplatama kamata vjerovnicima iz Luksemburga odgovara oporezivanju financijske sposobnosti i činjenici da Danska te kamate u punom iznosu priznaje kao poslovne izdatke.

82. Te su kamate u Luksemburgu oporezivane kao poslovni prihodi luksemburškog društva. Činjenica da su u Luksemburgu isplate kamata njegovim ulagačima također uzete u obzir kao poslovni izdaci i tamo odgovara načelu oporezivanja prema financijskoj sposobnosti. Luksemburg je u tom pogledu oporezivao razliku između kamata (9 %) koje su isplaćene iz Danske u inozemstvo i kamata (9,875 %) koje su isplaćene društvu A Fund u trećoj državi, uključujući i eventualne daljnje prihode koji su očito postojali ako je u 2007. ostvaren pozitivan rezultat.

83. Oba su luksemburška društva u Luksemburgu oporeziva bez ograničenja 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 luksemburških društava) u određenom iznosu pretpostavka za izuzeće. Ako u državi rezidentnosti ovlašteni korisnik ima poslovne troškove odgovarajuće visine (ili još preneseni gubitak iz proteklih godina), to ne dovodi do konkretnog oporezivanja, ali porezni obveznik ipak podliježe plaćanju poreza na dobit. Stoga je on obuhvaćen 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.

84. 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) koristi prednostima pojedinih država članica.

<sup>32</sup> Tako u predmetu C-119/16

<sup>33</sup> Tako u predmetu C-117/16

## 2) *Sprječavanje iskorištavanja prekograničnih informacijskih nedostataka*

85. U stvarnosti se uključivanjem luksemburškog 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 dohodaka (ovdje kamata)<sup>34</sup>. To se odvija tako da u trenutku isplate dio dohodaka isplatitelj obustavi već na izvoru.

86. 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 osigurano da će primatelj uredno platiti porez na svoje dohotke. U pravilu naime država rezidentnosti primatelja kamata rijetko sazna nešto o njegovim dohodcima iz inozemstva ako ne postoje – kao trenutačno u Uniji – funkcionalni sustavi razmjene podataka između poreznih uprava.

87. 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 92. i sljedeće ovog mišljenja). S druge strane, mora postojati opasnost neoporezivanja zbog neobuhvaćenosti tih dohodaka u stvarnoj državi primatelja.

88. 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 dohodcima, tada ovu cijelu konstrukciju prema mojem mišljenju treba smatrati zloporabom prava.

89. Takav prigovor postojanja zloporabe može se opet pobiti ako društva za investicije državama u kojima su ulagači rezidenti na raspolaganje stave odgovarajuće porezne informacije ili ako država rezidentnosti društava za investicije raspolaže odgovarajućim informacijama i te informacije proslijedi odgovarajućim državama. Takva struktura poduzeća u tom slučaju ne bi onemogućila postizanje svrhe izbjegnuto oporezivanja po odbitku (u tom pogledu vidjeti točku 86. ovog mišljenja). I ovo sud mora uzeti u obzir u svojem sveobuhvatnom razmatranju slučaja.

### ***d) Odgovor na pitanje 2.***

90. Pri izbjegavanju oporezivanja po odbitku za isplate kamata društvima za investicije koja su rezidenti trećih država ponajprije je moguće izbjegavanje oporezivanja prihoda od kamata kod stvarnih primatelja kamata (to jest ulagača). Zloporaba se može osobito pretpostaviti ako je cilj izabrane strukture poduzeća iskorištavanje određenih informacijskih nedostataka među uključenim državama kako bi se spriječilo učinkovito oporezivanje primatelja kamata.

### **C. Naznaka stvarnog ovlaštenog korisnika (pitanje 4.)**

91. Četvrtim pitanjem 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 posredničko društvo dužna navesti koga smatra stvarnim ovlaštenim korisnikom. Time sud koji je uputio zahtjev u biti postavlja pitanje tereta dokazivanja postojanja zloporabe.

<sup>34</sup> 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.) i od 26. lipnja 2008., Burda (C-284/06, EU:C:2008:365, t. 52.)



92. Zloupotroba pravnih mogućnosti odabira aranžmana pretpostavlja odabir zakonitog aranžmana koji odstupa od aranžmana koji se obično odabire i koji dovodi do *povoljnijeg rezultata* nego „normalni” aranžman. „Normalnim” aranžmanom u ovom slučaju trebalo bi smatrati neposredni zajmodavni odnos između ulagača i tužitelja u glavnom postupku sa svrhom stjecanja ciljnog društva.

93. Činjenicu da je izabran način postupanja koji je porezno povoljniji nego normalni 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”<sup>35</sup>. Ako iz toga proizlazi da osnovni cilj<sup>36</sup> nije izbjegavanje poreza koji se inače moraju platiti, odabrani način postupanja ne može se smatrati zloupotrobom, osobito ako i sama država poreznim obveznicima stavlja na raspolaganje te mogućnosti odabira aranžmana.

94. Iz sudske prakse Suda<sup>37</sup> nadalje proizlazi da pretpostavka zloupotroba 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.

95. Tako se prema danskom stajalištu može raditi o zloupotrobi u smislu članka 5. Direktive 2003/49 samo kada bi se kod izravne isplate kamata primjenjivalo 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. Ako društva za investicije zaista treba smatrati poreznopravno transparentnim društvima, u tom bi se pogledu moralo osloniti na ulagače kako bi se uopće moglo odgovoriti na to pitanje.

96. 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 postojanja zloupotroba načelno mora navesti tko je prema njezinu 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.

#### **D. Pozivanje na članak 5. Direktive 2003/49 (pitanja 2. do 3.)**

97. 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.

##### ***1. Nemogućnost izravne primjene direktive za stvaranje obveza na štetu pojedinca***

98. Ako u skladu s prethodno navedenim kriterijima postoji zloupotroba 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 sprječavanju zloupotroba. Stoga osobito tužitelj u glavnom postupku smatra da mu se ne može uskratiti izuzeće od poreza koje se temelji na nacionalnom pravu čak i ako se pretpostavi postojanje zloupotroba.

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

36 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.)

37 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.)

99. 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 njezinu sadržaju, ostvariti općim pravnim kontekstom – uključujući općim načelima nacionalnog ustavnog ili upravnog prava – ako on učinkovito jamči punu primjenu direktive na dovoljno jasan i precizan način<sup>38</sup>.

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

101. Članak 5. Direktive 2003/49 državama članicama ipak dopušta odgovarajuću borbu protiv zlorabara. Takva borba odgovara i praksi širom Unije. Tako su sve države članice u najvećoj mogućoj mjeri razvile određene instrumente za sprječavanje zlorabara prava u svrhu izbjegavanja poreza<sup>39</sup>. Tako i u nacionalnim poreznim sustavima postoji konsenzus da se primjena prava ne može proširiti do te mjere da se moraju tolerirati zlorabara gospodarskih subjekata. To načelo koje je u tom pogledu prihvaćeno širom Unije<sup>40</sup> sada se izražava u članku 6. Direktive 2016/1164.

102. U tom se pogledu svi nacionalni propisi bez obzira na to jesu li doneseni zbog prijenosa Direktive 2003/49 ili ne moraju 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.<sup>41</sup> Protiv tumačenja nacionalnog prava u skladu s pravom Unije ne govori činjenica da bi ono možda bilo na štetu pojedinca. Naime, primjena prava Unije preko odredbi nacionalnog prava, to jest posredna primjena prava Unije na štetu pojedinca je dopuštena<sup>42</sup>.

103. Samo bi izravna primjena članka 5. Direktive 2003/49 na štetu tužitelja bila zabranjena danskim tijelima – također zbog razloga pravne sigurnosti<sup>43</sup>. Tako se država članica ne može protiv pojedinca pozivati na direktivu koju sama nije prenijela<sup>44</sup>. Naime, u skladu je s ustaljenom sudskom praksom da direktiva ne može sama po sebi stvarati obveze za pojedinca te se stoga u odnosu na njega nije moguće pozivati na direktivu kao takvu<sup>45</sup>. Takva država članica sama bi počinila „zlorabara 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 zlorabara koja je sadržana u neprenesenoj direktivi.

38 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/Francuska (C-456/03, EU:C:2005:388, t. 34. do 51.) i moje mišljenje u predmetu Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, t. 62.)

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

40 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.) i od 23. ožujka 2000., Diamantis (C-373/97, EU:C:2000:150, t. 33.).

41 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.).

42 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.).

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

44 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.).

45 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 tamo navedenu sudsku praksu.

104. 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. Direktive<sup>46</sup>. Ako bi se dopustilo 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 učinka<sup>47</sup>.

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

105. Tomu se ne protive odluke Suda<sup>48</sup> 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.

106. 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 značajnije utječu na interese prava Unije putem uz to vezanog financiranja Unije nego propisi država članica o porezu na dobit.

107. 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 vrijednost<sup>49</sup>, 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 zlouporaba<sup>50</sup>. Stoga nije moguća izravna primjena članka 5. Direktive 2003/49 na štetu poreznog obveznika<sup>51</sup>.

## **3. Postojanje nacionalne odredbe posebno usmjerene protiv zlouporabe**

108. Na nacionalnom je sudu, međutim, da ispita mogu li se već i 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 neuzimanje u obzir prividnih poslova ili zabrana pozivanja na određene poreznopravne prednosti u svrhu zlouporabe.

46 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.).

47 Nejasna je što se tiče toga presuda od 22. studenoga 2005., *Mangold* (C-144/04, EU:C:2005:709, t. 74. do 77.); vidjeti u tom pogledu moje mišljenje u predmetu *Kofoed* (C-321/05, EU:C:2007:86, t. 67.), točnije i presudu od 5. srpnja 2007., *Kofoed* (C-321/05, EU:C:2007:408, t. 42.).

48 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)

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

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

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

109. 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 teritoriju<sup>52</sup>.

110. Iz tog razloga se 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.

111. Međutim, to se treba drukčije ocijeniti u kontekstu primjene takozvane doktrine stvarnosti i načela „stvarnog primatelja dohodaka” 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.

112. „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 поближе 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 članicama<sup>53</sup>. 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. Potonje, međutim, mora ocijeniti nacionalni sud.

113. Ako je cilj aranžmana sprječavanje oporezivanja ulagača, tada unatoč formalnom plaćanju luksemburškom društvu s ekonomskog gledišta radi se zapravo o plaćanju društvu A Fund odnosno njegovim ulagačima. Plaćanje društvu Z Luxembourg ne odražava u tom slučaju ekonomsku, nego samo građanskopravnu (formalnu) stvarnost.

## **E. Povreda temeljnih sloboda (pitanja 5., 6. i 7.)**

114. Budući da društvo Z Luxembourg – kako se navodi u točki 34. i sljedećim ovog mišljenja – načelno treba smatrati ovlaštenim korisnikom, na peto, šesto i sedmo pitanje suda koji je uputio zahtjev nije potrebno odgovoriti.

115. 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 dopušteno<sup>54</sup>.

52 Presuda 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.) i od 13. ožujka 2007., Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, t. 74.)

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

54 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.

116. Neovisno o tome, Sud je također već odlučio da se različit tretman primatelja kamata rezidenata i primatelja kamata nerezidenata zbog različite tehnike oporezivanja ne odnosi na usporedive položaje<sup>55</sup>. Čak i ako se to ocijeni kao usporediv položaj, 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 nego dansko opterećenje porezom na dobit za primatelja kamata rezidenta<sup>56</sup>.

117. Neuzimanje u obzir izdataka primatelja kamata koji je rezident u inozemstvu, koje sud spominje u petom pitanju, u okviru oporezivanja po odbitku nužno proizlazi iz sustava oporezivanja po odbitku. Ako treća osoba (isplatelj kamata) iz druge države u konačnici paušalno plaća porez na dobit primatelja isplate, on ne može odbiti njegove izdatke (poslovne izdatke) – koji mu u pravilu nisu ni poznati. Ti su izdaci u pravilu na vrlo općenit način već uzeti u obzir nižom stopom poreza po odbitku.

118. Sud koji je uputio zahtjev stoga u biti pitanjem br. 5 više pita može li inozemni primatelj kamata jednako kao i tuzemni primatelj kamata u postupku utvrđivanja porezne obveze u Danskoj isticati svoje izdatke. Međutim, odgovor na to pitanje je u ovom slučaju – društvo Z Denmark protivi se odgovornosti u okviru svoje obveze obustave poreza po odbitku – irelevantan.

119. Isto (u odnosu na točku 115.) vrijedi za različit obračun kamata odnosno nastanak duga po osnovi danskog poreza na dobit kod primatelja kamata i dansku obvezu obustave poreza po odbitku kod isplatelja kamata. To nisu usporediva činjenična stanja jer se jednom duguje *vlastiti* porez (porez na dobit), a u drugom slučaju se za primatelja kamata obustavlja i plaća zapravo *tuđi* porez (njegov porez na dohodak ili porez na dobit). Različit nastanak i obračun kamata posljedica su različitih tehnika i funkcije oporezivanja porezom po odbitku (vidjeti točku 86. ovog mišljenja).

## VI. Zaključak

120. Stoga predlažem da se na pitanja koja je postavio Vestre Landsret (Žalbeni sud regije Zapad, 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 2003/49 o zajedničkom sustavu oporezivanja isplate kamata i licencije između povezanih trgovačkih društava različitih država članica. Drukčije vrijedi 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 drugo pitanje treba odgovoriti da pretpostavka zlorababe ovisi o sveukupnoj ocjeni okolnosti pojedinog slučaja koja je na nacionalnom sudu.
  - a) Zlorababa 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.

<sup>55</sup> 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.)

<sup>56</sup> 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).

- 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 primatelja kamata.
- c) Međutim, država članica ne može se pozivati na članak 5. Direktive 2003/49 ako ga nije prenijela.
3. U pogledu trećeg pitanja 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 zadovoljavajućim prijenosom 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 četvrto pitanje 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 2., nije potrebno odgovoriti na pitanja 5., 6. i 7.