



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
NILA JÄÄSKINENA
przedstawiona w dniu 24 października 2013 r.¹

Sprawa C-80/12

**Felixstowe Dock and Railway Company Ltd,
Savers Health and Beauty Ltd,
Walton Container Terminal Ltd,
WPCS (UK) Finance Ltd,
AS Watson Card Services (UK) Ltd,
Hutchison Whampoa (Europe) Ltd,
Kruidvat UK Ltd,
Superdrug Stores plc
przeciwko
The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs**

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez First-Tier Tribunal (Tax Chamber) (Zjednoczone Królestwo)]

Wykładnia art. 43 WE i 48 WE — Swoboda przedsiębiorczości — Przepisy podatkowe — Podatek dochodowy od osób prawnych — Ulga podatkowa — Wniosek konsorcjum o ulgę grupową (ulgę dla konsorcjum) — Przepisy krajowe wyłączające przeniesienie strat na terytorium kraju przez jedną spółkę należącą do konsorcjum do innej spółki należącej do grupy spółek, której członkiem jest także spółka-łącznik, należąca jednocześnie do konsorcjum — Wymóg bycia rezydentem nałożony na spółkę-łącznik — Dyskryminacja ze względu na siedzibę spółki — Ostateczna spółka dominująca w państwie trzecim — Więzy korporacyjne przechodzące przez państwa trzecie

I – Wprowadzenie

1. W Zjednoczonym Królestwie spółki mogą do celów podatkowych przenosić straty na inne spółki, z którymi mają określone korporacyjne powiązania. Niniejszy wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez First-Tier Tribunal (Tax Chamber, izba podatkowa) dotyczy przede wszystkim pytania o to, czy z punktu widzenia prawa Unii Europejskiej brak możliwości takiego przeniesienia strat w sytuacji, gdy spółka będąca łącznikiem pomiędzy (i) spółką przekazującą straty i (ii) spółką przejmującą, ma siedzibę w innym państwie członkowskim, stanowi ograniczenie swobody przedsiębiorczości. Sąd odsyłający zmierza także do ustalenia, czy z punktu widzenia prawa Unii sytuacja zmienia się, gdy powiązania pomiędzy tymi spółkami przechodzą przez spółki pochodzące z państw trzecich.

¹ — Język oryginału: angielski.

2. System grupowej ulgi podatkowej w Zjednoczonym Królestwie pozwala na przenoszenie strat pomiędzy różnymi spółkami wewnątrz grupy spółek² lub wewnątrz konsorcjum³, a w konsekwencji pozwala na optymalne wykorzystanie tych strat do celów podatkowych bez jednoczesnej konsolidacji tej grupy lub konsorcjum i utworzenia jednego podmiotu pod względem podatkowym⁴.

3. Po raz kolejny pojawia się przed Trybunałem kwestia, czy wyłączenie określonych podatników od grupowej ulgi podatkowej obowiązującej w Zjednoczonym Królestwie jest zgodne ze swobodą przedsiębiorczości. W sprawie ICI wyłączenie od ulgi grupowej dotyczyło krajowej spółki holdingowej działającej głównie poprzez zagraniczne spółki zależne, w sprawie Marks & Spencer dotyczyło ono zagranicznych spółek zależnych, a w sprawie Philips Electronics UK – stałego zakładu w Zjednoczonym Królestwie spółki mającej siedzibę w innym państwie członkowskim⁵.

4. Na pierwszy rzut oka nową cechą niniejszej sprawy jest okoliczność, że powiązania pomiędzy spółkami przechodzą przez państwa trzecie, a ostateczna spółka dominująca⁶ ma siedzibę w państwie trzecim. Jednakże kwestia ta nie może ostatecznie rozstrzygać o tym, czy w niniejszej sprawie ustawodawstwo Zjednoczonego Królestwa jest zgodne z prawem Unii.

5. Ponadto występowanie kwestii dotyczącej prawa Unii zależy częściowo od okoliczności faktycznej polegającej na stosowanej w Zjednoczonym Królestwie zwykłej praktyce, zgodnie z którą przenoszenie strat pomiędzy spółkami następuje z reguły odpłatnie. Niniejsza sprawa oparta jest bowiem na założeniu, że spółka przekazująca dozna uszczerbku, jeśli nie będzie mogła odpłatnie przenieść strat na wnioskujące spółki. Taka ekonomiczna niekorzyść wystąpi tylko w sytuacji, gdy spółka przekazująca dozna uszczerbku w rachunku przepływów pieniężnych ze względu na niemożność natychmiastowej kapitalizacji strat bez konieczności oczekiwania na dalsze okresy rozliczeniowe. Jeśli jednak przeniesienie strat następowałoby nieodpłatnie, jakakolwiek niekorzyść wynikająca z ustawodawstwa Zjednoczonego Królestwa byłaby odczuwalna jedynie na poziomie grupy, a nie na poziomie spółki przekazującej.

II – Prawo krajowe, okoliczności faktyczne, postępowanie i pytania prejudycjalne

A – Ustawodawstwo Zjednoczonego Królestwa

6. Krajowe przepisy znajdujące zastosowanie w postępowaniu głównym zawarte są w Income and Corporation Taxes Act 1988 (ustawie o podatku dochodowym od osób fizycznych i o podatku dochodowym od osób prawnych, zwanej dalej „ICTA”).

7. „Grupa spółek” została zdefiniowana w art. 413 ust. 3 ICTA w następujący sposób: dwie spółki należy uznać za członków grupy spółek, jeżeli jedna jest w 75% spółką zależną drugiej lub obie są w 75% spółkami zależnymi trzeciej spółki.

2 — W niniejszej sprawie grupa spółek odnosi się do zespołu spółek dominujących i spółek zależnych funkcjonującego jako podmiot gospodarczy o wspólnym centrum kontroli.

3 — Ogólnie rzecz biorąc, konsorcjum może być scharakteryzowane jako stowarzyszenie dwóch lub większej liczby spółek mające na celu udział we wspólnej działalności albo połączenie zasobów dla osiągnięcia wspólnego celu. Jednakże, zgodnie z prawem podatkowym Zjednoczonego Królestwa istnienie konsorcjum zależy od osiągnięcia określonych progów własnościowych, bez wymogu wspólnego celu.

4 — Zobacz opinię rzecznika generalnego M. Poiaresa Madura w sprawie C-446/03 Marks & Spencer (wyrok z dnia 13 grudnia 2005 r.), Zb.Orz. s. I-10837, pkt 17.

5 — Wyrok z dnia 16 lipca 1998 r. w sprawie C-264/96 ICI, Rec. s. I-4695; wyrok w sprawie Marks & Spencer, oraz wyrok z dnia 6 września 2012 r. w sprawie C-18/11 Philips Electronics UK.

6 — W niniejszej sprawie należy dokonać rozróżnienia pomiędzy pojęciami „lowest common parent (company)” (bezpośrednia wspólna spółka dominująca) oraz „ultimate parent (company)” (ostateczna spółka dominująca). To pierwsze można scharakteryzować następująco: spółka C jest *bezpośrednią wspólną spółką dominującą* dla spółek A i B, jeśli A i B są jej bezpośrednimi lub pośrednimi spółkami zależnymi, a spółka C nie posiada spółki zależnej D, która byłaby spółką dominującą dla obu spółek A i B. Natomiast *ostateczna spółka dominująca* grupy spółek to spółka, która jest bezpośrednią lub pośrednią spółką dominującą dla wszystkich spółek w tej grupie, jednocześnie nie będąc spółką zależną żadnej innej spółki.

8. ICTA przewiduje dwa rodzaje ulgi grupowej: wnioski grupowe o ulgę grupową (które były przedmiotem sprawy Marks & Spencer) oraz wnioski konsorcjum o ulgę grupową („ulgę dla konsorcjum”) (które były przedmiotem sprawy ICI i sprawy Philips Electronics UK, oraz są przedmiotem niniejszej sprawy).

9. Zgodnie z art. 402 ICTA ulgi z tytułu strat z działalności oraz inne sumy podlegające odliczeniu od podatku dochodowego od osób prawnych mogą być przeniesione przez spółkę („spółkę przekazującą”) na składającą wniosek inną spółkę („spółkę wnioskującą”), i zostać przypisane spółce wnioskującej w formie ulgi podatkowej z tytułu podatku dochodowego od osób prawnych, zwanej dalej „ulgą grupową”. W ust. 3 tego przepisu przewidziano, że w przypadku składania „wniosku konsorcjum” przez spółkę przekazującą i spółkę wnioskującą ulga grupowa przysługuje także między innymi wtedy, gdy jedna z nich jest członkiem grupy spółek, a druga spółka jest własnością konsorcjum, zaś inna spółka jest jednocześnie członkiem tej grupy spółek i członkiem tego konsorcjum.

10. Zgodnie z art. 402 ust. 3A ICTA ulga grupowa przysługuje tylko w przypadku, gdy warunek wskazany w ust. 3B, mianowicie że spółka ma siedzibę w Zjednoczonym Królestwie lub jeżeli nie ma tam siedziby, prowadzi działalność w Zjednoczonym Królestwie za pomocą stałego zakładu, został spełniony zarówno przez spółkę przekazującą, jak i spółkę wnioskującą.

11. Artykuł 406 ust. 1 ICTA zawiera trzy definicje. „Spółka-łącznik” oznacza spółkę, która jednocześnie jest członkiem konsorcjum i członkiem grupy spółek. „Spółka należąca do konsorcjum” w stosunku do spółki-łącznika oznacza spółkę będącą w posiadaniu konsorcjum, którego spółka-łącznik jest członkiem. „Członek grupy” w stosunku do spółki-łącznika oznacza spółkę, która jest członkiem grupy, której członkiem jest również spółka-łącznik, która sama jednak nie jest członkiem konsorcjum, którego członkiem jest spółka-łącznik.

12. Zgodnie z art. 406 ust. 2 ICTA, „jeżeli spółka-łącznik może [...] wystąpić z wnioskiem konsorcjum w odniesieniu do strat lub innej kwoty kwalifikującej do przyznania ulgi za odnośny okres rozliczeniowy spółki należącej do konsorcjum, członek grupy może wystąpić z wnioskiem konsorcjum, z którym mogłaby wystąpić spółka łącznik”, w odniesieniu do tych samych części przeniesionych strat, tak jakby spółka-łącznik była spółką wnioskującą.

13. Skutkiem łącznej lektury art. 402 ust. 3A i 3B ICTA oraz art. 406 ust. 2 ICTA jest to, że spółka-łącznik dla celów wniosku konsorcjum o ulgę grupową powinna być spółką mającą siedzibę w Zjednoczonym Królestwie lub spółką niemającą siedziby w Zjednoczonym Królestwie prowadzącą działalność w Zjednoczonym Królestwie poprzez stały zakład. Innymi słowy, spółka-łącznik, jak i spółki przenosząca i wnioskująca muszą podlegać podatkowi dochodowemu od osób prawnych w Zjednoczonym Królestwie.

B – Grupa spółek i konsorcjum

14. W niniejszej sprawie Felixstowe Dock and Railway Company Ltd i inni są „spółkami wnioskującymi”⁷. Wszystkie te spółki są członkami Hutchison Whampoa Group, której ostateczną spółką dominującą jest Hutchison Whampoa Ltd, spółka utworzona i mająca siedzibę w Hongkongu, która jest pośrednio właścicielką 100% udziałów w spółkach wnioskujących⁸.

15. Hutchison 3G UK Ltd jest „spółką przekazującą”. Była ona w 100% własnością Hutchison 3G UK Holdings Ltd.

⁷ — Spółkami wnioskującymi są: Felixstowe Dock and Railway Company Ltd, Savers Health and Beauty Ltd, Walton Container Terminal Ltd, WPCS (UK) Finance Ltd, AS Watson Card Services (UK) Ltd, Hutchison Whampoa (Europe) Ltd, Kruidvat UK Ltd i Superdrug Stores plc.

⁸ — Odpowiednimi podmiotami pomiędzy Hutchison Whampoa Ltd a spółkami wnioskującymi były różne pośrednie spółki holdingowe utworzone poza obszarem Unii lub EOG (w Hongkongu albo na Brytyjskich Wyspach Dziewiczych) oraz w Unii (w Zjednoczonym Królestwie i w Niderlandach).

16. Hutchison 3G UK Holdings Ltd była *spółką należącą do konsorcjum*. W danym okresie Hutchison 3G UK Holdings Ltd była własnością konsorcjum złożonego z Hutchison 3G UK Investments Sàrl, spółki należącej do Hutchison Whampoa Group, utworzonej i mającej siedzibę w Luksemburgu (50,1%), trzech innych spółek należących do Hutchison Whampoa Group, utworzonych i mających siedziby na Brytyjskich Wyspach Dziewiczych (w sumie 14,9%) i dwóch innych spółek niezwiązanych z Hutchison Whampoa Group (odpowiednio 20% i 15%).

17. Hutchison 3G UK Investments Sàrl była *spółką-łącznikiem*, stanowiącą połączenie pomiędzy grupą i konsorcjum. Była ona w całości własnością Hutchison Europe Telecommunications Sàrl, spółki utworzonej i mającej siedzibę w Luksemburgu⁹. Obie spółki są pośrednio w 100% spółkami zależnymi Hutchison Whampoa Ltd. Dalsze więzy łączące spółkę-łącznik z Hutchison Whampoa Ltd przebiegają przez różne pośrednie spółki holdingowe utworzone w Luksemburgu i poza terytorium Unii i EOG (Hongkong, Brytyjskie Wyspy Dziewicze i Kajmany).

C – Postępowanie główne i pytania prejudycjalne

18. Spółka przekazująca prowadziła działalność jako operator telefonii komórkowej. Dokonała znacznych wydatków na stworzenie swojego systemu i w konsekwencji poniosła znaczne straty w pierwszym roku swojego działania. Podczas danego okresu, dla potrzeb stosowania art. 406 ust. 1 lit. b) ICTA, spółka przekazująca była własnością spółki należącej do konsorcjum, jak wyjaśniono powyżej.

19. Spółki wnioskujące, które w tym samym okresie osiągnęły zyski handlowe, zamierzały wykorzystać straty spółki przekazującej. Zgodnie z postanowieniem odsyłającym spółka przekazująca była uprawniona, w wyniku porozumienia w ramach Hutchison Whampoa Group, do otrzymania 30 pensów za każdy funt przekazanej straty. Spółki wnioskujące były „członkami grupy spółek” w rozumieniu art. 406 ust. 1 lit. c) ICTA, ponieważ były pośrednio spółkami zależnymi Hutchison Whampoa Ltd, w których ta ostatnia posiadała udziały w wysokości nie mniej niż 75%¹⁰.

20. Spółki wnioskujące złożyły wnioski o ulgę dla konsorcjum zgodnie z art. 402 ust. 3 ICTA i art. 406 ICTA. Ich wnioski zostały odrzucone z uzasadnieniem, że spółka-łącznik (która nie była w żaden sposób bezpośrednio zaangażowana w tym postępowaniu) nie miała siedziby w Zjednoczonym Królestwie, ale w Luksemburgu. Nie mogła ona przekazać uprawnienia do złożenia wniosku o ulgę dla konsorcjum na rzecz innej spółki będącej członkiem grupy zgodnie z art. 406 ust. 1 ICTA, ponieważ sama nie miała uprawnienia do złożenia takiego wniosku ze względu na wyłączenie zawarte w art. 402 ust. 3B.

21. Po przekazaniu sprawy do First-Tier Tribunal (Tax Chamber) postanowił on zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) W okolicznościach, w jakich:

- (1) przepisy państwa członkowskiego (takiego jak Zjednoczone Królestwo) zezwalają spółce (»wnioskującej spółce«) na dochodzenie grupowej ulgi z tytułu strat spółki należącej do konsorcjum (»spółka należąca do konsorcjum«) pod warunkiem, że spółka, która jest członkiem tej samej grupy spółek, co wnioskująca spółka, jest również członkiem konsorcjum (»spółka-łącznik«) i

9 — Członek Hutchison Whampoa Group nabył następnie (w dniu 23 czerwca 2005 r.) te dwie ostatnie spółki, a więc Hutchison 3G UK Holdings Ltd sama została członkiem grupy w rozumieniu art. 413 ust. 3 lit. a) ICTA.

10 — Zgodnie z art. 413 ust. 3 ICTA.

- (2) spółka dominująca grupy spółek (która sama nie jest spółką wnioskującą, ani spółką należącą do konsorcjum, ani też »spółką-łącznikiem«) nie ma siedziby w Zjednoczonym Królestwie ani też w innym państwie członkowskim,

czy art. 49 TFUE i 54 TFUE [dawniej art. 43 WE i 48 WE] wykluczają wymóg, aby »spółka-łącznik« była albo rezydentem Zjednoczonego Królestwa, albo aby prowadziła działalność w Zjednoczonym Królestwie w formie stałego zakładu mającego tam siedzibę?

- 2) W przypadku odpowiedzi twierdzącej na pytanie pierwsze, czy Zjednoczone Królestwo powinno przychylić się do wniosku wnioskującej spółki (np. poprzez zezwolenie tej spółce na dochodzenie ulgi z tytułu strat spółki należącej do konsorcjum), jeżeli:

- (1) »spółka-łącznik« wykonywała swobodę przedsiębiorczości, ale spółka należąca do konsorcjum oraz spółki wnioskujące nie wykonywały żadnej ze swobód chronionych przez prawo europejskie,
- (2) spółka przekazująca i spółka wnioskująca powiązane są poprzez spółki, z których nie wszystkie mają siedzibę w [Unii Europejskiej lub w Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG)]?”.

22. Felixstowe Dock and Railway Company i inni, rządy niemiecki, francuski, niderlandzki i rząd Zjednoczonego Królestwa oraz Komisja Europejska przedstawili uwagi na piśmie. W dniu 3 września 2013 r. odbyła się rozprawa, na której uwagi ustne przedstawili wszyscy wymienieni powyżej uczestnicy, z wyjątkiem rządu francuskiego.

III – Ocena

A – Uwagi wstępne

23. Dwa pytania przedstawione przez sąd odsyłający dotyczą swobody przedsiębiorczości. Moją ocenę oprę na art. 43 WE i 48 WE, ponieważ art. 49 TFUE i 54 TFUE nie znajdują zastosowania *ratione temporis* do okoliczności faktycznych w postępowaniu głównym.

24. Dla potrzeb dokonania oceny będę rozważał te dwa pytania łącznie. W istocie sąd odsyłający zmierza do ustalenia, po pierwsze, czy w sytuacji takiej jak w niniejszej sprawie, art. 43 WE i 48 WE stoją na przeszkodzie wymogowi, aby dla celów ulgi dla konsorcjum spółka-łącznik musiała albo mieć siedzibę w Zjednoczonym Królestwie, albo prowadzić działalność w Zjednoczonym Królestwie poprzez stały zakład. Po drugie, zapytuje on o to, czy te postanowienia zabraniają państwu członkowskiemu wprowadzenia wymogu, aby bezpośrednia wspólna spółka dominująca w ramach grupy spółek, do której należą spółka-łącznik i spółki przejmujące straty dla celów podatkowych, miała siedzibę w państwie członkowskim albo w państwie będącym członkiem EOG, albo aby więzy pomiędzy spółką-łącznikiem a spółką przejmującą straty dla celów podatkowych opierały się wyłącznie na takich spółkach. Zmierza wreszcie do ustalenia, czy należy zastosować środek zaradczy w postaci na przykład dopuszczenia ulgi dla konsorcjum na rzecz spółek wnioskujących, jeśli zasady obowiązujące w Zjednoczonym Królestwie naruszają swobodę przedsiębiorczości.

25. Należy na wstępie wyjaśnić, że niniejsza sprawa nie odnosi się do rozdziału władztwa podatkowego pomiędzy państwami członkowskimi, chociaż, jak wskazują uwagi przedstawione przez rządy niemiecki i francuski, istnieją obawy, że jej wynik może zagrozić ich kompetencjom do opodatkowania międzynarodowych grup spółek znajdujących się pod kontrolą spółek dominujących z siedzibą w państwach trzecich.

26. W istocie niniejsza sprawa dotyczy przeniesienia strat ze spółki Zjednoczonego Królestwa, opodatkowanej w Zjednoczonym Królestwie podatkiem dochodowym od osób prawnych, z zamiarem odliczenia ich od zysków osiągniętych przez inną spółkę Zjednoczonego Królestwa, również opodatkowaną w tym państwie członkowskim podatkiem dochodowym od osób prawnych. Nie powstaje zatem kwestia transgranicznego przeniesienia strat pomiędzy spółkami mającymi siedziby w różnych państwach członkowskich, która by mogła wzbudzić wątpliwości co do rozdziału władztwa podatkowego, jak to miało miejsce w sprawie *National Grid Indus*¹¹ i w sprawie *Philips Electronics UK*¹². Niniejsza sprawa dotyczy jedynie tego, czy przeniesienie strat z jednej spółki Zjednoczonego Królestwa do innej spółki będącej członkiem konsorcjum może, dla potrzeb ulgi dla konsorcjum, być poddane wymogowi, aby *spółka-łącznik* była spółką Zjednoczonego Królestwa albo miała w Zjednoczonym Królestwie stały zakład.

27. W związku z tym należy odnieść się do trzech etapów rozwoju ustawodawstwa Zjednoczonego Królestwa dotyczącego ulgi grupowej. Do dnia 1 kwietnia 2000 r. (tj. przed okresem istotnym w niniejszej sprawie) wniosek o ulgę grupową pomiędzy dwiema spółkami zależnymi nie był dopuszczalny, jeśli ich spółka dominująca nie miała siedziby w Zjednoczonym Królestwie. Jednakże, od dnia 1 kwietnia 2000 r. (w okresie istotnym w niniejszej sprawie) spółki należące do tej samej grupy mogły przenosić straty pomiędzy sobą bez względu na miejsce siedziby ich spółki dominującej. W konsekwencji, jeśli *Hutchison Whampoa Group* posiadałaby przynajmniej 75% udziałów spółki przekazującej w odpowiednim okresie, zamiast 65%, które rzeczywiście posiadała, nie byłoby przeszkód dla wykorzystania strat spółki przekazującej przez spółki wnioskujące, ponieważ spółka przekazująca byłaby członkiem grupy w rozumieniu art. 402 ust. 1 i 2 ICTA. W 2010 r., po okresie, do którego odnosi się postępowanie główne, zasady Zjednoczonego Królestwa dotyczące ulgi grupowej zostały zmienione przez *Corporation Tax Act 2010* (ustawę o podatku dochodowym od osób prawnych), umożliwiając spółce z siedzibą na terytorium Unii lub EOG bycie spółką-łącznikiem. Jednakże nowe zasady wymagały, aby spółka-łącznik i spółki wnioskujące były członkami tej samej grupy bez udziału spółki spoza Unii lub EOG.

28. W konsekwencji, jeśli Trybunał uznałby, że swobody podstawowe zostały ograniczone w sposób niedopuszczalny, omawiane ustawodawstwo Zjednoczonego Królestwa nie mogłoby zostać uzasadnione poprzez odniesienie do potrzeby zachowania rozdziału władztwa podatkowego pomiędzy państwami członkowskimi. Uzasadnieniem nie mogłaby być także spójność systemu podatkowego, biorąc pod uwagę opisany powyżej rozwój ustawodawstwa umożliwiający skorzystanie z ulgi grupowej bez względu na przynależność państwową spółki dominującej lub grupy spółek, innych niż spółka przekazująca i spółka wnioskująca. W rzeczywistości Zjednoczone Królestwo nie przedstawia żadnego uzasadnienia dla zmienionych zasad krajowych, ponieważ w jego przekonaniu okoliczności faktyczne w postępowaniu głównym pozostają poza zakresem stosowania prawa Unii¹³.

29. Należy także przypomnieć, że zgodnie z orzecznictwem, pomimo iż podatki bezpośrednie należą do kompetencji państw członkowskich, to jednak powinny one wykonywać te kompetencje z poszanowaniem prawa Unii, a w szczególności swobód podstawowych zagwarantowanych w traktatach. Jak zauważyła rzecznik generalna J. Kokott, państwa członkowskie zgodnie z prawem Unii zasadniczo nie są zobowiązane do przewidzenia w ramach ich prawa dotyczącego podatku dochodowego od osób prawnych takiej grupowej ulgi podatkowej od strat, ponieważ ukształtowanie systemu podatkowego należy do kompetencji każdego państwa członkowskiego. Jeśli jednak państwo członkowskie przewiduje takie prawo, musi ono być uregulowane zgodnie z podstawowymi swobodami prawa Unii, w szczególności ze swobodą przedsiębiorczości¹⁴.

11 — Wyrok z dnia 29 listopada 2011 r. w sprawie C-371/10 *National Grid Indus*, Zb.Orz. s. I-12273, pkt 45.

12 — Wyrok w sprawie *Philips Electronics UK*, pkt 23. Inne sprawy, w których została podniesiona kwestia rozdziału władztwa podatkowego, to na przykład wyrok w sprawie *Marks & Spencer*, pkt 45; wyroki: z dnia 15 maja 2008 r. w sprawie C-414/06 *Lidl Belgium*, Zb.Orz. s. I-3601, pkt 31; z dnia 25 lutego 2010 r. w sprawie C-337/08 *X Holding*, Zb.Orz. s. I-1215, pkt 28; z dnia 21 lutego 2013 r. w sprawie C-123/11 *A Oy*, pkt 23.

13 — Rząd niderlandzki uważa natomiast, że występuje ograniczenie swobody przedsiębiorczości, które jest uzasadnione.

14 — Zobacz opinia rzecznika generalnego J. Kokott w sprawie *Philips Electronics UK*, pkt 22 i przytoczone tam orzecznictwo.

B – *Funkcjonowanie ulgi grupowej*

30. Z ekonomicznego punktu widzenia ulga grupowa tego rodzaju, co stosowana w Zjednoczonym Królestwie umożliwia spółce przekazującej przeniesienie jej strat na spółkę wnioskującą, która może je odliczyć od swojego dochodu podlegającego opodatkowaniu. Pociąga to za sobą utratę przez spółkę przekazującą możliwości wykorzystania tych strat do celów podatkowych, a dokładniej możliwości przeniesienia tych strat na kolejne okresy rozliczeniowe¹⁵.

31. Wydaje się, że w Zjednoczonym Królestwie zwykłą praktyką jest odpłatne przenoszenie strat¹⁶, przy czym opłata zwykle odpowiada wartości podatku dochodowego od osób prawnych zaoszczędzonego w wyniku tej straty, pomimo że nie ma prawnego wymogu odpłatności, z wyjątkiem być może wymogów w tym zakresie wynikających z prawa spółek w odniesieniu do obowiązków powierniczych zarządu spółki przekazującej. Na przykład w niniejszej sprawie spółki wnioskujące zgodziły się zapłacić 30 pensów za każdy funt przeniesionych strat.

32. Ponieważ uregulowania Zjednoczonego Królestwa dotyczące ulgi grupowej nie są oparte na konsolidacji zysków i strat do celów podatkowych na poziomie grup spółek, jasne jest, że spółka przekazująca, jako niezależna osoba prawna mająca na celu osiąganie zysku, nie mogłaby z reguły zgodzić się na przekazanie bez wynagrodzenia strat, które mogłaby wykorzystać później do zminimalizowania swoich własnych przyszłych podatków. Poprzez przekazanie strat w zamian za wynagrodzenie odpowiadające znajdującej zastosowanie stawce podatku dochodowego od osób prawnych spółka przekazująca spienięża swoje straty wcześniej (i w sposób bardziej pewny), a w konsekwencji zyskuje korzyść w zakresie przepływów pieniężnych.

33. Gdyby praktyka stosowana w Zjednoczonym Królestwie nie była taka jak opisana powyżej, trudno byłoby uznać, że spółka przekazująca może rzeczywiście doznać uszczerbku w wyniku regulacji prawnej uniemożliwiającej jej przekazanie strat innej spółce, innymi słowy, przekazanie aktywów mających potencjalną wartość ekonomiczną w postaci odpisów podatkowych w przyszłych okresach, podmiotowi trzeciemu za wynagrodzeniem nieodpowiadającym wartości, jaką sobą reprezentują w spółce przekazującej. Równie trudno byłoby twierdzić, że regulacja uniemożliwiająca spółce nastawionej na zysk przeniesienie swoich aktywów bez odpowiedniego wynagrodzenia stanowi ograniczenie swobody przedsiębiorczości. W braku zatem tych podstaw faktycznych niekorzyść wynikająca z ustawodawstwa Zjednoczonego Królestwa nie dotknęłaby spółki przekazującej, a jedynie te spółki, które zajmują wyższe poziomy w grupie i w konsorcjum niż spółka przekazująca i spółki wnioskujące, to znaczy, występowałyby na poziomie grupy jako zwiększenie obciążenia podatkowego dla grupy w ogóle.

34. Ta korzyść w zakresie przepływów pieniężnych, lub możliwość odniesienia takiej korzyści, może zwiększyć wartość spółki przekazującej i odpowiednio udziałów w niej. Oznacza to, że możliwość skorzystania z ulgi grupowej jest korzystna dla właścicieli spółki przekazującej, tj. bezpośrednich lub pośrednich spółek dominujących albo członków konsorcjum posiadających udziały mniejszościowe¹⁷.

15 — Zobacz opinia rzecznika generalnego M. Poiaresa Madura w sprawie Marks & Spencer, pkt 15.

16 — Zobacz opinia rzecznika generalnego J. Kokott w sprawie Philips Electronics UK, pkt 14, 29.

17 — Okoliczność, że niekorzyść w zakresie przepływów pieniężnych dotycząca całej grupy stanowi ograniczenie swobody przedsiębiorczości, została podkreślona przez rzecznik generalną E. Sharpston w opinii w sprawie Lidl Belgium, pkt 29, 0.

35. Dla spółki wnioskującej takie rozwiązanie jest neutralne pod względem finansowym: płaci ona spółce przekazującej kwotę odpowiadającą podatkowi, którego unika ze względu na przeniesienie strat zamiast zapłacić tę samą kwotę fiskusowi. Jednakże, skoro ustawodawstwo Zjednoczonego Królestwa wymaga, także w związku z ulgą dla konsorcjum, aby spółka wnioskująca i spółka-łącznik należały do tej samej grupy, korzyść, jaką grupa uzyskuje z ulgi grupowej tłumaczy porozumienie pomiędzy spółkami wnioskującymi i spółkami przekazującymi, ponieważ na poziomie grupy prowadzi to do zmniejszenia obciążenia podatkowego¹⁸.

C – Która swoboda podstawowa jest właściwa ratione materiae?

36. Biorąc pod uwagę kryteria ustanowione w orzecznictwie Trybunału, może się wydawać wątpliwe, czy ustawodawstwo Zjednoczonego Królestwa ma związek ze swobodą przedsiębiorczości. Na potrzeby stosowania swobody przedsiębiorczości Trybunał przywiązuje wagę do stopnia kontroli sprawowanej nad daną spółką. W niniejszej sprawie stopień sprawowania kontroli wymagany w prawie krajowym może rozciągać się od 5%, które nie dają właściwie żadnej „kontroli”, do 74,99%. Jednakże ta kwestia rozstrzygnięta zostaje, jak się wydaje, przez okoliczności faktyczne sprawy, jak wyjaśnię poniżej, a swoboda przedsiębiorczości stanowi także kontekst, w którym sąd odsyłający usytuował swoje pytania.

37. Aspekty związane z państwami trzecimi odnoszące się do skomplikowanej struktury korporacyjnej Hutchison Whampoa Group budzą wątpliwości co do tego, czy odpowiednie ustawodawstwo Zjednoczonego Królestwa należy oceniać w świetle swobody przedsiębiorczości, która nie znajduje zastosowania w relacjach z państwami trzecimi, czy w świetle swobody przepływu kapitału, która znajduje zastosowanie także w relacjach z państwami trzecimi.

38. Trybunał w wyroku w sprawie C-35/11 Test Claimants in the FII Group Litigation stwierdził, że w odniesieniu do tego, czy ustawodawstwo krajowe objęte jest zakresem stosowania tej czy innej swobody podstawowej w zakresie przepływu, z utrwalonego orzecznictwa jasno wynika, iż należy wziąć pod uwagę cel tego ustawodawstwa. Gdy ustawodawstwo krajowe ma znajdować zastosowanie wyłącznie do tych udziałów w kapitale spółki, które pozwalają ich posiadaczowi wywierać decydujący wpływ na decyzje tej spółki i określanie jej działalności, wówczas wchodzi ono w zakres swobody przedsiębiorczości. Natomiast gdy przepisy krajowe mają zastosowanie do udziałów w kapitale spółki nabytych jedynie w celu lokaty kapitału bez zamiaru uczestniczenia w zarządzaniu przedsiębiorstwem lub sprawowania w nim kierowniczej roli, należy je wówczas badać wyłącznie w świetle swobodnego przepływu kapitału¹⁹.

39. W sytuacjach, w których przedmiot ustawodawstwa krajowego nie pozwala na ustalenie, czy jest ono w sposób przeważający objęte art. 49 TFUE, czy też art. 63 TFUE, Trybunał uwzględni *okoliczności faktyczne sprawy* celem ustalenia, czy *sytuacja leżąca u podstaw sporu w postępowaniu głównym* jest objęta jednym, czy drugim ze wskazanych postanowień (moje podkreślenie)²⁰.

40. W niniejszej sprawie należy dokonać rozróżnienia pomiędzy dwoma rodzajami ulgi grupowej dostępnymi zgodnie z prawem Zjednoczonego Królestwa. Biorąc pod uwagę ich przedmiot, uregulowania Zjednoczonego Królestwa dotyczące *grupowych wniosków o ulgę grupową* w jasny sposób odnoszą się do tych udziałów, które umożliwiają posiadaczowi wywieranie decydującego wpływu na decyzje spółki oraz na określanie jej działalności. Znajdują one zastosowanie do spółek, które są spółkami zależnymi przynajmniej w 75%. Uregulowania te są zatem objęte zakresem swobody przedsiębiorczości.

18 — Ta korzyść na poziomie grupy została uznana przez Trybunał w wyroku w sprawie Marks & Spencer, pkt 32 (zob. odesłanie poniżej).

19 — Wyrok z dnia 13 listopada 2012 r. w sprawie C-35/11 Test Claimants in the FII Group Litigation, pkt 90–92.

20 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Test Claimants in the FII Group Litigation, pkt 93, 94.

41. W odniesieniu do *wniosek konsorcjum o ulgę grupową* sytuacja jest mniej jasna. Przepisy dotyczące ulgi dla konsorcjum znajdują zastosowanie w sytuacjach, w których przynajmniej 75% kapitału spółki należącej do konsorcjum znajduje się w posiadaniu członków konsorcjum, udział każdego z nich wynosi przy tym nie mniej niż 5% i nie osiąga ani nie przekracza 75%²¹. Objęte zostają w ten sposób sytuacje, w których występuje jeden dominujący właściciel, ale także sytuacje, w których jest wielu wspólników niezależnych od siebie nawzajem. Teoretycznie mogłaby istnieć spółka należąca do konsorcjum, w której 20 wspólników posiadałoby po 5% każdy. Taka sytuacja mogłaby skutkować istnieniem 20 spółek-łączników, a spółka należąca do konsorcjum mogłaby przenosić swoje straty w częściach po 5% do 20 różnych grup spółek.

42. W moim przekonaniu przepisy Zjednoczonego Królestwa dotyczące ulgi dla konsorcjum *nie* zostały pomyślane *wyłącznie* na potrzeby stosowania do tych udziałów, które umożliwiają posiadaczowi wywieranie decydującego wpływu na decyzje spółki. Jak wskazał pełnomocnik wnioskujących spółek na rozprawie, ustawodawstwo podatkowe Zjednoczonego Królestwa nie wymaga żadnego rodzaju zdefiniowanej prawnie zbiorowej kontroli nad spółką należącą do konsorcjum sprawowanej przez członków konsorcjum²². W związku z tym moim zdaniem udziały umożliwiające skorzystanie z ulgi dla konsorcjum należy uważać za inwestycje bezpośrednie, a ewentualne ograniczenia w tym zakresie należy uważać za ograniczenia swobody przepływu kapitału²³.

43. Przepisy Zjednoczonego Królestwa jednak uwzględniają również sytuacje, w których spółka należąca do konsorcjum znajduje się pod kontrolą jednej grupy spółek. Taka jest sytuacja spółki przekazującej w niniejszej sprawie: 65% udziałów tej spółki znajduje się w posiadaniu Hutchison Whampoa Group (50,1% poprzez spółkę-łącznik, a 14,9% poprzez trzy spółki z Brytyjskich Wysp Dziewiczych będące członkami grupy). W konsekwencji sporne przepisy mogą co do zasady ograniczyć swobodę przedsiębiorczości, a sytuację w postępowaniu głównym należy uważać za wchodzącą w zakres tej swobody podstawowej.

44. W obliczu powyższych rozważań stoję na stanowisku, że okoliczności faktyczne niniejszej sprawy objęte są zakresem stosowania art. 43 WE, co uzasadnia dokonanie oceny uregulowania Zjednoczonego Królestwa odnoszącego się do ulgi dla konsorcjum w pierwszej kolejności z punktu widzenia swobody przedsiębiorczości.

D – Występowanie ograniczenia swobody przedsiębiorczości

45. Swoboda przedsiębiorczości, którą art. 43 WE przyznaje obywatelom państw Unii i która oznacza dla nich dostęp do działalności na własny rachunek oraz możliwość jej wykonywania, jak również prawo tworzenia i zarządzania przedsiębiorstwami na tych samych warunkach, co określone przez ustawodawstwo państwa członkowskiego siedziby przedsiębiorstwa dla jego własnych obywateli, obejmuje, zgodnie z art. 48 WE, przysługujące spółkom utworzonym zgodnie z ustawodawstwem państwa członkowskiego i mającym statutową siedzibę, zarząd lub główny zakład na terytorium Unii

21 — Zobacz art. 402 ust. 3, art. 406 ust. 1 i art. 413 ust. 6 ICTA.

22 — To odróżnia niniejszą sprawę od sprawy C-157/05 Holböck, Zb.Orz. s. I-4051, gdzie występowała zbiorowa kontrola nad spółką sprawowana przez wspólników nieposiadających samodzielnie pakietu kontrolnego.

23 — Należy w tym miejscu przypomnieć, że inwestycje przynoszące pakiet kontrolny są zawsze *inwestycjami bezpośrednimi*, występują też jednak inwestycje, które nie wiążą się z kontrolą, a jednak nie są także czysto *finansowe*, np. *inwestycje portfelowo*, ponieważ zmierzają one do ustanowienia stałego związku z docelową spółką. W przedmiocie inwestycji bezpośrednich na podstawie prawa Unii Trybunał orzekł, że postanowieniu art. 63 TFUE, dotyczącemu swobody przepływu kapitału, podlegają zasadniczo przepływy kapitału związane z prowadzeniem działalności lub z inwestycjami bezpośrednimi. To ostatnie z wymienionych pojęć odnosi się do formy udziału w danym przedsiębiorstwie poprzez posiadanie akcji, co daje możliwość rzeczywistego udziału w zarządzaniu nim i sprawowaniu nad nim kontroli (zob. wyroki: z dnia 17 września 2009 r. w sprawie C-182/08 Glaxo Wellcome, Zb.Orz. s. I-8591, pkt 40; z dnia 21 października 2010 r. w sprawie C-81/09 Idrima Typou, Zb.Orz. s. I-1016, pkt 48; oraz wyrok w sprawie C-35/11 Test Claimants in the FII Group Litigation, pkt 102). W terminologii OECD zagraniczne inwestycje bezpośrednie odnoszą się do celu ustanowienia stałego udziału w zyskach. Wskazuje to na istnienie długoterminowej relacji i znacznego stopnia wpływu na zarządzanie spółką. Bezpośrednie lub pośrednie posiadanie 10% lub więcej prawa głosu dowodzi istnienia takiej relacji. Zobacz OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment. Fourth Edition 2008, s. 48, pkt 117, oraz Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2010 (dostępne w języku angielskim na stronie www.oecd.org). Zobacz także D. Smit, *EU Freedoms, Non-EU countries and Company taxation*, Kluwer Law International, 2012, s. 64, 68.

Europejskiej prawo wykonywania działalności w danym państwie członkowskim za pośrednictwem spółki zależnej, oddziału lub agencji. Jako że ponadto art. 43 akapit pierwszy zdanie drugie WE w sposób wyraźny pozostawia podmiotom gospodarczym swobodę wyboru odpowiedniej formy prawnej, w jakiej zamierzają wykonywać działalność w innym państwie członkowskim, nie należy ograniczać tego wyboru poprzez dyskryminujące przepisy podatkowe²⁴.

46. Przepisy Zjednoczonego Królestwa wymagają, aby spółka-łącznik miała siedzibę w Zjednoczonym Królestwie lub jeżeli nie ma tam siedziby, aby prowadziła działalność w Zjednoczonym Królestwie za pomocą stałego zakładu. Przepis ten w oczywisty sposób ogranicza swobodę przedsiębiorczości spółki-łącznika, posiadającej siedzibę w Luksemburgu, oraz jej bezpośredniej spółki dominującej, która również posiada siedzibę w Luksemburgu.

47. Trybunał orzekł w wyroku w sprawie Marks & Spencer, że „[u]lga grupowa, taka jak ta, której dotyczy postępowanie przed sądem krajowym, stanowi dla zainteresowanych spółek ulgę podatkową. Przyspieszając rozliczenie strat deficytowych spółek poprzez ich bezpośrednie pokrycie z dochodów innych spółek należących do grupy, poprawia ona płynność finansową grupy”²⁵. Czy oznacza to, że niekorzystny skutek odczuwany jest tylko na poziomie grupy albo przez ostateczną spółkę dominującą, która w niniejszej sprawie jest spółką państwa trzeciego? W moim przekonaniu nie.

48. Jak wyjaśniłem powyżej, w warstwie faktycznej uregulowanie Zjednoczonego Królestwa dotyczące ulgi grupowej bilansuje zyski i straty w obrębie grupy lub konsorcjum, nie poprzez skonsolidowaną księgowość podatkową, czy przeniesienie zysków podlegających opodatkowaniu, jako wkład grupowy, ale poprzez porozumienie, na mocy którego straty są przenoszone w zamian za wynagrodzenie, co stanowi jednocześnie korzyść w zakresie płynności finansowej spółki przekazującej. Jeśli przeniesienie strat, a w konsekwencji ulga dla konsorcjum nie jest dopuszczalne ze względu na przynależność państwową spółki-łącznika, w pierwszej kolejności to spółka przekazująca odczuwa pogorszenie sytuacji finansowej poprzez utratę korzyści w zakresie płynności finansowej. W orzecznictwie Trybunału taka niekorzyść w zakresie płynności finansowej została uznana za mniej korzystne traktowanie stanowiące ograniczenie²⁶. Niekorzystne skutki odczuwane przez spółkę ze względu na to, gdzie jej spółka dominująca ma siedzibę, zostały uznane w sprawie Metallgesellschaft i in. za wystarczające do naruszenia swobody przedsiębiorczości²⁷.

49. Te niekorzystne skutki odczuwane są także przez właścicieli spółki przekazującej, jako zmniejszenie wartości ich udziałów niezależnie od tego, czy mają oni pakiet kontrolny udziałów, stabilne inwestycje mniejszościowe czy inwestycje portfelowe. Oczywiście tylko ten pierwszy przypadek ma znaczenie z punktu widzenia swobody przedsiębiorczości.

50. W niniejszej sprawie zatem luksemburska spółka-łącznik, która pośrednio posiada 50,1% udziałów spółki przekazującej pochodzącej ze Zjednoczonego Królestwa, znajduje się w mniej korzystnym położeniu w odniesieniu do możliwości działania jako łącznik pomiędzy dwiema spółkami Zjednoczonego Królestwa, podlegającymi podatkowi dochodowemu od osób prawnych w Zjednoczonym Królestwie, niż spółka mająca siedzibę w Zjednoczonym Królestwie będąca w podobnej sytuacji. Nie zmienia tego okoliczność, że ta niekorzyść znajduje dalsze odzwierciedlenie w wartości luksemburskiej spółki-łącznika, a zatem odczuwają ją jej właściciele, którymi częściowo są spółki państw trzecich, a w końcowym rozrachunku także ostateczna spółka dominująca kontrolująca skomplikowaną strukturę korporacyjną.

24 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Philips Electronics UK, pkt 12, 13.

25 — Wyrok w sprawie Marks & Spencer, pkt 32.

26 — Zobacz wyrok z dnia 2 grudnia 2006 r. w sprawie C-446/04 Test Claimants in the FII Group Litigation, Zb.Orz. s. I-11753, pkt 84.

27 — Wyrok Trybunału z dnia 8 marca 2001 r. w sprawach połączonych C-397/98 i C-410/98 Metallgesellschaft i in., Rec. s. I-1727, pkt 43.

51. Występuje zatem bezpośrednia dyskryminacja ze względu na przynależność państwową spółki-łącznika. Przepisy Zjednoczonego Królestwa czynią dla spółki dominującej wobec spółki-łącznika utworzenie swojej spółki zależnej w Zjednoczonym Królestwie korzystniejszym niż gdziekolwiek indziej.

52. Jak wyjaśniłem powyżej, rząd Zjednoczonego Królestwa nie przedstawił żadnego uzasadnienia dla ograniczenia nałożonego przez krajowe ustawodawstwo. W konsekwencji nie mogę rozważyć tej kwestii w niniejszej opinii.

53. Należy także w tym miejscu ustalić, czy spółki wnioskujące są w rzeczywistości uprawnione do powołania się na swobodę przedsiębiorczości. Z ww. wyroku w sprawie Philips Electronics UK²⁸ jasno wynika, że spółki mogą, dla celów podatkowych, powołać się na ograniczenie swobody przedsiębiorczości innej związanej z nimi spółki w zakresie, w jakim takie ograniczenia mają wpływ na ich własne opodatkowanie. Zatem okoliczność, że ani spółka przekazująca, ani spółki wnioskujące same nie skorzystały ze swobody przedsiębiorczości, nie ma w tym względzie znaczenia.

54. Spółki wnioskujące mogą zatem, do celów własnego opodatkowania, powołać się na ograniczenia swobody przedsiębiorczości narzucone spółce-łącznikowi w zakresie, w jakim przepisy Zjednoczonego Królestwa interpretowane przez sąd krajowy są niezgodne z art. 43 WE i 48 WE.

55. Jako wniosek częściowy można stwierdzić, że wymóg posiadania siedziby lub stałego zakładu w Zjednoczonym Królestwie, znajdujący zastosowanie do spółki-łącznika w odniesieniu do wniosku konsorcjum o ulgę grupową stanowi nieuzasadnione ograniczenie swobody przedsiębiorczości i jest w związku z tym zabroniony na mocy art. 43 WE i 48 WE.

E – Państwa trzecie a swoboda przedsiębiorczości

56. Relacja swobody przedsiębiorczości do państw trzecich jest istotna dla niniejszej sprawy, ponieważ sąd odsyłający w swoim pytaniu drugim zmierza do ustalenia, czy Zjednoczone Królestwo powinno przychylić się do wniosku wnioskującej spółki, na przykład poprzez zezwolenie tej spółce na dochodzenie ulgi z tytułu strat spółki należącej do konsorcjum, jeśli spółka-łącznik skorzystała ze swojej swobody przedsiębiorczości, zaś spółka należąca do konsorcjum i spółki wnioskujące nie skorzystały z żadnej ze swobód chronionych prawem Unii, a spółka przekazująca i spółka wnioskująca powiązane są poprzez spółki, z których nie wszystkie mają siedzibę w UE/EOG.

57. Ta kwestia musi, moim zdaniem, być rozważana w kontekście pytania pierwszego ze względu na to, że w istocie dotyczy ona materialnoprawnej treści swobody przedsiębiorczości, a nie dostępnych środków zaradczych w jakimkolwiek proceduralnym znaczeniu tego pojęcia²⁹. Innymi słowy, nawet jeśli traktat zabrania stawiania wobec spółki-łącznika wymogu posiadania siedziby lub stałego zakładu w Zjednoczonym Królestwie, czy można byłoby nadal wymagać, aby spółka-łącznik była spółką pochodzącą z Unii lub z EOG, albo aby łańcuch powiązań pomiędzy spółką przekazującą a spółkami wnioskującymi nie zawierał spółek z państw trzecich?

58. Przeciwnie do swobodnego przepływu kapitału swoboda przedsiębiorczości nie znajduje zastosowania w odniesieniu do państw trzecich. Czy oznacza to, że spółki z Unii w rzeczywistości kontrolowane przez spółki lub osoby fizyczne z państw trzecich są wyłączone od swobody przedsiębiorczości? Innymi słowy, czy okoliczność, że luksemburska spółka-łącznik jest kontrolowana przez spółkę dominującą z państwa trzeciego, wpływa na jej swobodę przedsiębiorczości?

28 — Punkt 39.

29 — Zobacz opinia rzecznika generalnego J. Kokott w sprawie Philips Electronics UK, pkt 81.

59. Należy przypomnieć, że zgodnie z art. 48 WE spółki utworzone zgodnie z ustawodawstwem państwa członkowskiego i mające statutową siedzibę, zarząd lub główny zakład na terytorium Unii Europejskiej znajdują się w odniesieniu do swobody przedsiębiorczości w tym samym położeniu, co obywatele państw członkowskich. Jak orzekł Trybunał w wyroku w sprawie ICI³⁰, to siedziba spółki w rozumieniu art. 48 WE służy jako łącznik z systemem prawnym danego państwa członkowskiego, podobnie jak narodowość w przypadku osób fizycznych.

60. Ani traktaty, ani orzecznictwo Trybunału nie zawierają elementów przemawiających za poglądem, że swoboda przedsiębiorczości ustanowiona prawem Unii na rzecz spółek, do których odnosi się art. 48 WE, byłaby ograniczona lub naruszona przez ich pozostawanie pod kontrolą osób fizycznych lub prawnych z państw trzecich. Status spółki Unii oparty jest na lokalizacji jej siedziby i tworzącym ją porządku prawnym, a nie na narodowości jej wspólników. Jeśli takie spółki Unii nie byłyby objęte zakresem tej swobody, wiele osób prawnych mających siedzibę w Unii Europejskiej byłoby wyłączonych od swobody przedsiębiorczości, a państwa członkowskie mogłyby je dyskryminować także w inny sposób, a nie tylko w dziedzinie opodatkowania.

61. Wyrok w sprawie Halliburton Services³¹ pokazał, że uprawnienia spółek z państw członkowskich płynące z prawa Unii nie zostały naruszone przez okoliczność, iż ich spółka dominująca, Halliburton Inc., została utworzona w Stanach Zjednoczonych Ameryki. Nie można jednak wyciągać z tego wyroku dalej idących wniosków co do sytuacji, w których spółki Unii nieposiadające wspólnej unijnej spółki dominującej należą do grupy spółek spoza Unii. W sprawie Halliburton Services sąd krajowy potwierdził już, że zgodnie z dwustronną umową dotyczącą opodatkowania zawartą pomiędzy Niderlandami a Stanami Zjednoczonymi niderlandzka spółka zależna, która kupiła niderlandzki stały zakład niemieckiej spółki zależnej, nie może być dyskryminowana z tego powodu, że spółka dominująca grupy została utworzona w Stanach Zjednoczonych³².

62. W niniejszej sprawie zatem spółka-łącznik, zarejestrowana w Luksemburgu, oraz jej bezpośrednia spółka dominująca, również zarejestrowana w Luksemburgu, korzystają ze swobody przedsiębiorczości bez względu na okoliczność, że pozostają one ostatecznie pod kontrolą spółki dominującej utworzonej w Hongkongu.

F – *Dopuszczalne ograniczenia*

63. Czy oznacza to, że Zjednoczone Królestwo nie może wymagać nieprzerwanego łańcucha powiązań pomiędzy spółką przekazującą a spółkami wnioskującymi znajdującego się w Unii lub w EOG? Komisja wskazuje w swoich uwagach, że Zjednoczone Królestwo mogło wprowadzić taki wymóg, jednak nie zrobiło tego dla okresu będącego przedmiotem postępowania głównego.

64. W moim przekonaniu taka sytuacja nie czyni tego aspektu pytań prejudycjalnych wniesionych przez sąd odsyłający hipotetycznym ani nie powoduje, że kwestia państw trzecich jest pozbawiona znaczenia w tym sensie, iż nie powinna być rozważana przez Trybunał. W istocie w sytuacji, gdy przepis krajowy wprowadza dyskryminację „zagranicznych” osób fizycznych lub prawnych i jest w związku z tym niezgodny z prawem Unii, można sobie wyobrazić, że sąd krajowy mógłby zarządzić takiej sytuacji poprzez wykładnię eliminującą taką dyskryminację osób lub spółek pochodzących z Unii

30 — Punkt 20.

31 — Wyrok z dnia 12 kwietnia 1994 r. w sprawie C-1/93 Halliburton Services, Rec. s. I-1137.

32 — Zobacz pkt 6 wyroku.

lub EOG bez rozciągania korzyści płynących z integracji na osoby fizyczne i prawne pochodzące z państw trzecich. Prawo krajowe decyduje o tym, czy jest to możliwe pod względem prawnym, prawo Unii nie wymaga rozciągnięcia swobód podstawowych innych niż swoboda przepływu kapitału na podmioty pochodzące z państw trzecich³³.

65. W wyroku w sprawie *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*³⁴ Trybunał wykluczył z zakresu stosowania swobody przedsiębiorczości sytuację, w której spółka dominująca kontrolująca unijne spółki udzielające pożyczki i zaciągające pożyczkę miała siedzibę w państwie trzecim. Trybunał uznał, że kwalifikacja odsetek płaconych przez spółkę będącą pożyczkobiorcą jako wypłaconych zysków narusza swobodę działalności gospodarczej wyłącznie na poziomie spółki dominującej, która posiada taki stopień kontroli nad tymi dwiema spółkami, który pozwala jej wywierać wpływ na wybór sposobu finansowania rzeczonych spółek. W takiej sytuacji art. 43 WE i 48 WE nie znajdują zastosowania.

66. Skoro swoboda przedsiębiorczości nie obejmuje państw trzecich, prawo Unii nie powstrzymałoby Zjednoczonego Królestwa od wprowadzenia w swoim ustawodawstwie wymogu, aby spółka-łącznik była utworzona w Unii lub w EOG. Innymi słowy, jeśli w związku z ulgą dla konsorcjum spółka przekazująca nie może przenieść strat w przypadku, gdy odpowiednia spółka-łącznik jest spółką państwa trzeciego, taka sytuacja nie jest objęta zakresem art. 43 WE. Na przykład, gdyby w postępowaniu głównym spółka-łącznik, będąca członkiem zarówno konsorcjum, jak i grupy, została utworzona na Brytyjskich Wyspach Dziewiczych zamiast w Luksemburgu, nie można byłoby się powołać na jej swobodę przedsiębiorczości dla poparcia wniosku o ulgę dla konsorcjum. Byłoby tak nawet wówczas, gdyby spółka dominująca spółki z Brytyjskich Wysp Dziewiczych była spółką z Unii lub z EOG.

67. Zaproponowałem powyżej wykładnię, zgodnie z którą z jednej strony swoboda przedsiębiorczości zostaje naruszona w sytuacji, gdy możliwość przeniesienia strat jest wyłączona w przypadku spółki-łącznika pochodzącej z Unii lub z EOG, a z drugiej strony naruszenie nie następuje, jeśli spółka-łącznik jest spółką państwa trzeciego. Rozważyłem w tym względzie uregulowania dotyczące ulgi dla konsorcjum z *punktu widzenia spółki przekazującej* i ewentualnych niekorzystnych dla niej skutków, które w rozumieniu swobody przedsiębiorczości dotyczą jej właścicieli. Należy również przeanalizować ten *problem z punktu widzenia spółek wnioskujących*.

68. Ustawodawstwo Zjednoczonego Królestwa wymaga, aby spółki wnioskujące należały do tej samej grupy co spółka-łącznik, innymi słowy spółka wnioskująca musi być w 75% spółką zależną spółki-łącznika albo odwrotnie, albo obie muszą być w 75% spółkami zależnymi trzeciej spółki. W niniejszej sprawie spółka-łącznik i spółki wnioskujące są w 100% spółkami zależnymi Hutchison International Limited, spółki z Hongkongu, która sama jest w 100% spółką zależną ostatecznej spółki dominującej tej grupy, Hutchison Whampoa Ltd. Więzi prowadzące od spółki-łącznika i spółek wnioskujących do ich wspólnej spółki dominującej przechodzą zarówno przez Unię lub EOG, jak i przez państwa trzecie; nie mają one wspólnej spółki dominującej pochodzącej z Unii lub z EOG.

69. W systemie takim jak utworzony przepisami Zjednoczonego Królestwa dotyczącymi ulgi dla konsorcjum, przepisy krajowe regulujące wymagane powiązania pomiędzy spółką-łącznikiem a spółką wnioskującą mogą wywierać wpływ na swobodę przedsiębiorczości ich najbardziej bezpośredniej wspólnej spółki dominującej, która uzyskuje korzyść finansową stworzoną przez możliwość odliczenia strat jednej spółki od podlegających opodatkowaniu zysków innej spółki, a w konsekwencji zmniejszenia wspólnego długu podatkowego podlegającej jej (pod)grupy. Jeśli ta najbardziej

33 — Okoliczności niniejszej sprawy różnią się od przypadku bezprawnie udzielonej pomocy państwa, która zgodnie z orzecznictwem nie może zostać „zalegalizowana” wstecznie: w niniejszej sprawie rozważamy granice obowiązku państwa członkowskiego wynikającego z prawa Unii, a nie konsekwencje jego naruszenia. Zobacz wyrok z dnia 21 października 2003 r. w sprawach połączonych C-261/01 i C-262/01 *van Calster i in.*, Rec. s. I-12249, pkt 1.

34 — Wyrok z dnia 13 marca 2007 r. w sprawie C-524/04 *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, Zb.Orz. s. I-2107, pkt 98–100.

bezpośrednia wspólna spółka dominująca jest spółką z Unii lub z EOG, przepisy krajowe regulujące te powiązania mogą stworzyć niedopuszczalne ograniczenie swobody przedsiębiorczości. Jeśli ta najbardziej bezpośrednia wspólna spółka dominująca jest spółką państwa trzeciego, taka sytuacja, wnioskując z wyroku w sprawie *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, nie jest objęta zakresem swobody przedsiębiorczości.

70. Ponadto, jeśli łańcuch powiązań pomiędzy najbardziej bezpośrednią wspólną spółką dominującą pochodzącą z Unii lub z EOG a spółką-łącznikiem lub spółkami wnioskującymi przechodzi przez państwa trzecie, sytuacja pozostaje poza zakresem art. 43 WE i 48 WE. Swoboda przedsiębiorczości nie obejmuje prawa do tworzenia w państwach członkowskich spółek zależnych lub oddziałów osób prawnych utworzonych w państwach trzecich. Tak jak narodowość kontrolujących spółkę wspólników nie ma znaczenia dla istnienia swobody przedsiębiorczości w przypadku spółek pochodzących z Unii lub z EOG, tak i nie ma ona znaczenia dla jej *nieistnienia* w przypadku spółek państw trzecich.

G – Swoboda przepływu kapitału

71. Jak wyjaśniłem powyżej, możliwe jest, że odpowiednie przepisy Zjednoczonego Królestwa dotyczące ulgi dla konsorcjum mogą lub powinny być uważane za wpływające na swobodny przepływ kapitału, a konkretnie na bezpośrednie inwestycje w kapitał spółki-łącznika. W moim przekonaniu nie zmieniłoby to rezultatu przeprowadzonej powyżej analizy w odniesieniu do relacji wewnątrz Unii lub EOG, ponieważ niemożność przeniesienia strat wywiera również niekorzystne skutki dla wspólników spółki-łącznika niezależnie od tego, czy posiadają oni kontrolny, czy mniejszościowy pakiet udziałów.

72. Jeśli swobodny przepływ kapitału zostaje naruszony, wymagałoby to rozszerzenia zakresu ulgi dla konsorcjum obowiązującej w Zjednoczonym Królestwie na spółki państw trzecich. Jednakże, skoro ustawodawstwo Zjednoczonego Królestwa wyłączyło spółki-łączniki pochodzące z państw trzecich z zakresu stosowania ulgi dla konsorcjum również przed 31 grudnia 1993 r., odpowiednie przepisy nie byłyby objęte zakazem ograniczenia swobody przepływu kapitału ze względu na klauzulę standstill zawartą w art. 57 ust. 1 WE (obecnie art. 64 ust. 1 TFUE)³⁵.

H – Proponowane odpowiedzi

73. Wobec powyższego proponuję, aby Trybunał udzielił na pytanie pierwsze odpowiedzi, że w okolicznościach takich, jak w postępowaniu głównym art. 43 WE i 48 WE sprzeciwiają się wymogowi, aby do celów stosowania uregulowania dotyczącego ulgi dla konsorcjum spółka-łącznik była rezydentem zainteresowanego państwa członkowskiego albo prowadziła w tym państwie członkowskim działalność w formie stałego zakładu mającego tam siedzibę. Jednakże artykuły te *nie zakazują* państwu członkowskiemu wprowadzenia wymogu, aby najbardziej bezpośrednia spółka dominująca w ramach grupy spółek, do której należy spółka-łącznik i spółki przejmujące straty w celach podatkowych, pochodziła z Unii lub z EOG oraz aby powiązania pomiędzy spółką-łącznikiem a spółkami przejmującymi straty w celach podatkowych składały się wyłącznie ze spółek pochodzących z Unii lub z EOG. W odpowiedzi na pytanie drugie wystarczy wskazać, że będzie ona podobna do odpowiedzi na pytanie czwarte w sprawie *Philips Electronics UK*.

³⁵ — Można zauważyć, że art. 402 ust. 3A i 3B ICTA, przyjęte w 2000 r., były poprzedzone przepisem, zgodnie z którym „spółka” oznaczała wyłącznie spółki pochodzące ze Zjednoczonego Królestwa. Zobacz art. 258 ust. 7 ICTA 1970 (przywołany w wyroku w sprawie *ICI*, pkt 6).

IV – Wnioski

74. W świetle powyższych rozważań proponuję, aby Trybunał odpowiedział na pytania prejudycjalne skierowane przez First-Tier Tribunal (Tax Chamber) w następujący sposób:

- 1) W okolicznościach takich, jak w postępowaniu głównym art. 43 WE i 48 WE (obecnie art. 49 TFUE i 54 TFUE) sprzeciwiają się wymogowi, aby do celów stosowania uregulowania dotyczącego ulgi dla konsorcjum spółka-łącznik była rezydentem zainteresowanego państwa członkowskiego albo prowadziła w tym państwie członkowskim działalność w formie stałego zakładu mającego tam siedzibę. Jednakże, artykuły te nie stoją na przeszkodzie wprowadzeniu w krajowym ustawodawstwie wymogu, aby najbardziej bezpośrednia spółka dominująca w ramach grupy spółek, do której należy spółka-łącznik i spółki przejmujące straty w celach podatkowych, była rezydentem państwa członkowskiego albo państwa należącego do Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz aby powiązania pomiędzy spółką-łącznikiem a spółkami przejmującymi straty w celach podatkowych składały się wyłącznie z takich spółek.
- 2) Sąd krajowy zobowiązany jest powstrzymać się od stosowania wszelkich przepisów krajowego ustawodawstwa w zakresie, w jakim jest ono niezgodne z art. 43 WE i 48 WE.