



## Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO  
JULIANE KOKOTT  
przedstawiona w dniu 27 lutego 2014 r.<sup>1</sup>

### Sprawy połączone od C-39/13 do C-41/13

**Inspecteur van de Belastingdienst Noord/kantoor Groningen  
przeciwko**

**SCA Group Holding BV (C-39/13),**

**X AG,**

**X1 Holding GmbH,**

**X2 Holding GmbH,**

**X3 Holding BV,**

**D1 BV,**

**D2 BV,**

**D3 BV,**

**przeciwko**

**Inspecteur van de Belastingdienst Amsterdam (C-40/13)**

**i**

**Inspecteur van de Belastingdienst Holland-Noord/kantoor Zaandam  
przeciwko**

**MSA International Holdings BV,**

**MSA Nederland BV (C-41/13)**

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Gerechtshof te Amsterdam  
(Niderlandy)]

Przepisy podatkowe — Swoboda przedsiębiorczości — Krajowy podatek dochodowy od osób  
prawnych — Regulacje dotyczące opodatkowania koncernów (fiscale eenheid) — Koncern z udziałem  
spółek zagranicznych

### **I – Wprowadzenie**

1. Po raz kolejny przed Trybunałem zawisła sprawa dotycząca zasad opodatkowywania przez państwa członkowskie koncernów i zgodności tych zasad ze swobodą przedsiębiorczości. Chociaż koncerny składają się z samodzielnych pod względem prawnym spółek, to państwa członkowskie zmierzają w różny sposób do tego, aby traktować takie struktury w ramach prawa podatkowego w większym lub mniejszym stopniu jak jedną spółkę. W sytuacji jednak, gdy koncern składa się ze spółek pochodzących z różnych państw członkowskich i podlega przez to wielu jurysdykcjom podatkowym, traktowanie go jak jedną spółkę okazuje się problematyczne.

<sup>1</sup> — Język oryginału: niemiecki.

2. Rozpoznawane pytania prejudycjalne przedłożone przez sąd niderlandzki dotyczą zagadnień, których ramy wyznaczone zostały przez orzeczenia w sprawach Papillon<sup>2</sup> oraz X Holding<sup>3</sup>. W wyroku w sprawie X Holding Trybunał potwierdził niderlandzką regulację dotyczącą opodatkowania jako „podatkowej całości” koncernu, wykluczającą spółki z siedzibą w innych państwach członkowskich. Natomiast w wyroku w sprawie Papillon Trybunał zanegował możliwość wykluczenia krajowej spółki zależnej niższego rzędu z francuskiej konstrukcji „integracji podatkowej”, w przypadku gdy spółka pośrednia ma siedzibę w innym państwie członkowskim.

3. Aktualnie sąd odsyłający ponownie zadaje pytanie dotyczące niderlandzkiej konstrukcji jednego podmiotu podatkowego. W trzech połączonych sprawach chodzi o różne struktury koncernów, których cechą wspólną jest to, że niektóre spółki wchodzące w ich skład mają siedzibę w innym państwie członkowskim. Dopuszczalność wyłączenia tych spółek z jednego podmiotu podatkowego nie jest wprawdzie kwestionowana przez sąd odsyłający, jednak niderlandzki urząd skarbowy dodatkowo nie zezwolił tworzącym koncern spółkom z siedzibą w Niderlandach na podobne połączenie, wskazując, że skoro nie uwzględnia się tu zagranicznej spółki zależnej, to w ogóle nie należy mówić o koncernie.

4. Sąd odsyłający oczekuje od Trybunału dwojakiego działania. Po pierwsze, pragnie on ustalić, z jakimi sytuacjami krajowymi mogą być w ogóle porównywane tego typu niekompletne koncerny w systemie prawa niderlandzkiego. Po drugie, należy wyjaśnić, czy złożone problemy podatkowe, które powstałyby w przypadku uznania jednego transgranicznego, niekompletnego podmiotu podatkowego, mogłyby usprawiedliwiać określone ograniczenia swobody przedsiębiorczości.

## II – Ramy prawne

5. Niderlandzki podatek od osób prawnych przyznaje w określonych warunkach koncernom możliwość stworzenia jednego podmiotu podatkowego. Zgodnie z tym art. 15 ust. 1 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (zwanej dalej „ustawą o podatku dochodowym od osób prawnych”) w brzmieniu obowiązującym w postępowaniu głównym stanowi:

„Jeżeli podatnik (spółka dominująca) jest pod względem prawnym i ekonomicznym właścicielem przynajmniej 95% udziałów we wpłaconym nominalnym kapitale innego podatnika (spółki zależnej), to na wniosek złożony przez obydwu podatników zostają oni objęci podatkiem, tak jakby stanowili jeden podmiot, czyli jakby czynności i majątek spółki zależnej stanowiły część czynności i majątku spółki dominującej. Podatek jest nakładany na spółkę dominującą. Podatnicy są zatem traktowani łącznie jako jeden podmiot podatkowy. W skład jednego podmiotu podatkowego może wejść więcej niż jedna spółka zależna”.

6. Warunkiem jest jednak, aby „obaj podatnicy mieli siedzibę w Niderlandach” [art. 15 ust. 3 lit. c) ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych]. Artykuł 15 ust. 4 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych przewiduje następujący wyjątek od tej zasady:

„[...] Ponadto podatnik, który [...] nie ma siedziby w Niderlandach, ale prowadzi przedsiębiorstwo za pomocą położonego w Niderlandach zakładu, może, pod określonymi rozporządzeniem warunkami, należeć do jednego podmiotu podatkowego [...]”.

2 — Wyrok Trybunału z dnia 27 listopada 2008 r. w sprawie C-418/07, Zb.Orz. s. I-8947.

3 — Wyrok Trybunału z dnia 25 lutego 2010 r. w sprawie C-337/08, Zb.Orz. s. I-1215.

7. W związku ze wspomnianym wyjątkiem art. 32–35 Besluit fiscale eenheid 2003 (rozporządzenia o jednym podmiocie podatkowym) zawierają postanowienia, które umożliwiają objęcie krajowego zakładu spółki z siedzibą za granicą jednym podmiotem podatkowym. Dodatkowo zawarta jest tam szczegółowa regulacja dotycząca związku jednego podmiotu podatkowego z niderlandzką regulacją dotyczącą zwolnienia w zakresie udziałów oraz zapobiegania podwójnemu uwzględnianiu strat.

### III – Postępowania główne

8. U podstaw rozpoznawanych spraw leżą trzy postępowania główne, których stany faktyczne mogą zostać podsumowane w ramach dwóch grup.

#### A – Sprawy C-39/13 i C-41/13

9. W postępowaniach głównych związanych ze sprawami C-39/13 i C-41/13 mające siedziby w Niderlandach spółki SCA Group Holding BV oraz MSA International Holdings BV wniosły o utworzenie jednego podmiotu podatkowego z niektórymi swoimi spółkami zależnymi niższego rzędu, które również mają siedzibę w Niderlandach. Ich spółki zależne, za pośrednictwem których kontrolowane są spółki zależne niższego rzędu i które nie mogą zostać włączone do jednego podmiotu podatkowego, mają natomiast siedzibę w Niemczech i nie posiadają zakładów w Niderlandach. W przypadku SCA Group Holding BV chodzi częściowo o spółki zależne niższego rzędu typu spółka „prawnuczka”, ponieważ kontrola w spółkach zależnych niższego rzędu sprawowana jest nie za pośrednictwem jednej spółki pośredniej, ale za pośrednictwem dwóch niemieckich spółek pośrednich, należących do różnych poziomów struktury.

10. Niderlandzki urząd skarbowy odrzucił wniosek, wskazując, że pośrednie spółki zależne nie mają siedziby w Niderlandach. Spółki wniosły sprawę do Rechtbank Haarlem, który uznał odmowę za naruszenie swobody przedsiębiorczości. Niderlandzki urząd skarbowy zaskarżył tę decyzję do Gerechtshof te Amsterdam.

#### B – Sprawa C-40/13

11. W postępowaniu głównym dotyczącym sprawy C-40/13 trzy mające siedziby w Niderlandach spółki siostrzane kontrolowane pośrednio lub bezpośrednio przez niemiecką spółkę dominującą, nieposiadającą zakładu w Niderlandach, złożyły wniosek o utworzenie jednego podmiotu podatkowego. Istotny w postępowaniu przed Trybunałem wniosek przewiduje jedynie włączenie spółek siostrzanych do jednego podmiotu podatkowego.

12. Niderlandzki urząd skarbowy również w tym przypadku nie przychylił się do złożonego wniosku. Jako uzasadnienie podał on, że spółka dominująca należąca do wnioskodawcy nie posiada siedziby w Niderlandach. Rechtbank Haarlem oddalił w tym przypadku skargę zainteresowanych spółek jako pozbawioną podstaw. Spółki wniosły środek odwoławczy do Gerechtshof te Amsterdam.

#### IV – Postępowanie przed Trybunałem

13. Gerechtshof te Amsterdam, będący sądem, przed którym toczą się postępowania główne, przedstawił Trybunałowi na podstawie art. 267 TFUE trzy wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym. Zawarte w nich pytania prejudycjalne w dużym zakresie pokrywają się i mogą zostać zreasumowane w następujący sposób:

1. Czy wówczas, gdy dłużnikowi podatkowemu odmawia się zastosowania niderlandzkiej regulacji dotyczącej jednego podmiotu podatkowego w odniesieniu do czynności i majątku mających siedzibę w Niderlandach spółek zależnych niższego rzędu (sprawy C-39/13 oraz C-41/13) / spółek siostrzanych (sprawa C-40/13) ma miejsce ograniczenie swobody przedsiębiorczości w rozumieniu art. 43 w związku z art. 48 WE?

Czy w tym zakresie i w świetle celów zamierzonych przez niderlandzką regulację dotyczącą jednego podmiotu podatkowego sytuacja spółek zależnych niższego rzędu ewentualnie spółek siostrzanych występujących w postępowaniach głównych, jest obiektywnie porównywalna z:

(w sprawach C-39/13 oraz C-41/13)

- (i) sytuacją spółek mających siedzibę w Niderlandach będących spółkami zależnymi spółki holdingowej pośredniej mającej siedzibę w Niderlandach, która nie dokonała wyboru włączenia do jednego podmiotu podatkowego ze swą spółką dominującą mającą siedzibę w Niderlandach, i które w związku z tym podobnie jak spółki zależne niższego rzędu, nie korzystają z regulacji dotyczącej jednego podmiotu podatkowego w powiązaniu z – wyłącznie – ich spółką dominującą wyższego rzędu; lub
- (ii) sytuacją mających siedzibę w Niderlandach spółek zależnych niższego rzędu, które wraz z ich spółką holdingową pośrednią mającą siedzibę w Niderlandach wybrały utworzenie jednego podmiotu podatkowego z ich spółką dominującą wyższego rzędu mającą siedzibę w Niderlandach, i których czynności oraz majątek są zatem – odmiennie, niż czynności i majątek spółek zależnych niższego rzędu z postępowania głównego – skonsolidowane do celów podatkowych?

(w sprawie C-40/13:)

- (i) sytuacją mających siedzibę w Niderlandach spółek siostrzanych, które nie dokonały wyboru włączenia do jednego podmiotu podatkowego ze swą spółką dominującą mającą siedzibę w Niderlandach i w związku z tym jako spółki siostrzane, podobnie jak spółki siostrzane z postępowania głównego, nie korzystają z regulacji dotyczącej jednego podmiotu podatkowego
- (ii) sytuacją mających siedzibę w Niderlandach spółek siostrzanych, które wraz z ich wspólną spółką dominującą mającą siedzibę w Niderlandach wybrały utworzenie jednego podmiotu podatkowego z ową spółką dominującą mającą siedzibę w Niderlandach, i których czynności oraz majątek są zatem – odmiennie, niż czynności i majątek dłużniczek podatkowych – skonsolidowane do celów podatkowych?

2. Czy przy udzielaniu odpowiedzi na pytanie pierwsze zdanie pierwsze ma znaczenie, czy:

(w sprawie C-39/13)

dane spółki zależne niższego rzędu pozostają w posiadaniu jednej spółki holdingowej pośredniej (na kolejnym stopniu struktury koncernu) w innym państwie członkowskim lub – jak w przypadku spółek zależnych niższego rzędu w postępowaniu głównym – pozostają w posiadaniu dwóch (lub większej liczby) spółek holdingowych pośrednich (na dwóch lub większej liczbie poziomów struktury koncernu) w owym innym państwie członkowskim?

(w sprawie C-41/13)

dana zagraniczna spółka holdingowa pośrednia – gdyby prowadziła w Niderlandach działalność nie poprzez spółkę zależną, lecz poprzez zakład – mogłaby wybrać utworzenie jednego podmiotu podatkowego wraz ze swoją spółką dominującą mającą siedzibę w Niderlandach w odniesieniu do majątku i czynności owego niderlandzkiego zakładu?

(w sprawie C-40/13)

spółki siostrzane pozostają w posiadaniu wspólnej (bezpośredniej) spółki dominującej w innym państwie członkowskim lub pozostają w posiadaniu różnych (bezpośrednich) spółek dominujących w innym państwie członkowskim, w związku z czym wspólna (pośrednia) spółka dominująca owych różnych spółek istnieje dopiero na wyższym poziomie struktury koncernu, występującym w owym innym państwie członkowskim?

3. Jeśli na pytanie pierwsze zdanie pierwsze należy udzielić odpowiedzi twierdzącej, to czy tego rodzaju ograniczenie może zostać w tym przypadku uzasadnione nadrzędnymi względami interesu ogólnego, w szczególności w oparciu o konieczność utrzymania spójności podatkowej łącznie z zapobieganiem jednostronnemu i dwustronnemu podwójnego uwzględniania strat?
4. Jeśli na pytanie trzecie należy udzielić odpowiedzi twierdzącej, to czy ograniczenie należy w tym przypadku uznać za proporcjonalne?

14. W postępowaniu przed Trybunałem skarżące w postępowaniu głównym, Republika Federalna Niemiec, Królestwo Niderlandów oraz Komisja, przedstawiły swe stanowisko na piśmie. W rozprawie wzięła dodatkowo udział Republika Francuska.

## V – Analiza prawna

15. Złożone wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczą dwóch dość jasnych stanów faktycznych. W sprawach C-39/13 i C-41/13 chodzi o strukturę koncernu, w której pośrednie spółki zależne mają siedzibę nie w kraju, lecz w innym państwie członkowskim. W sprawie C-40/13 spółka dominująca koncernu ma z kolei siedzibę w innym państwie członkowskim.

16. Przedkładając pytania prejudycjalne, sąd odsyłający zmierza zasadniczo do ustalenia, czy niderlandzkie prawo, które w obu przedmiotowych przypadkach uniemożliwia utworzenie jednego podmiotu podatkowego pomiędzy niderlandzką spółką dominującą a jej niderlandzkimi spółkami zależnymi niższego rzędu lub pomiędzy niderlandzkimi spółkami siostrzanymi, narusza swobodę przedsiębiorczości. Z uwagi na tożsame brzmienie przepisów bez znaczenia jest, czy w postępowaniu głównym pod względem temporalnym właściwy będzie jedynie przywołany przez sąd odsyłający art. 43 WE w związku z art. 48 WE, czy też dodatkowo art. 49 TFUE w związku z art. 54 TFUE.

17. Przed odrębnym zbadaniem obu struktur koncernów należy wskazać, że swoboda przedsiębiorczości jest w tym przypadku właściwą swobodą traktatową, ponieważ niderlandzka regulacja, wymagająca 95% udziałów, znajduje zastosowanie jedynie do udziałów pozwalających na wywieranie niewątpliwego wpływu na decyzje spółki i na określanie jej działalności<sup>4</sup>.

*A – Jeden podmiot podatkowy składający się ze spółki dominującej oraz spółek zależnych niższego rzędu (sprawy C-39/13 i C-41/13)*

18. W sprawach C-39/13 i C-41/13 należy ustalić, czy swobodę przedsiębiorczości należy rozumieć w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie niderlandzkim regulacjom, zgodnie z którymi mające siedzibę w Niderlandach spółka dominująca oraz spółki zależne niższego rzędu mogą połączyć się w jeden podmiot podatkowy tylko wtedy, gdy pośrednia spółka zależna również ma siedzibę w Niderlandach lub przynajmniej posiada tam zakład. Byłoby tak, gdyby badana regulacja stanowiła przypadek nieuzasadnionego ograniczenia swobody przedsiębiorczości.

19. Należy przy tym zbadać dwa możliwe sposoby ograniczenia swobody przedsiębiorczości. W niniejszym przypadku może bowiem dojść zarówno do naruszenia swobody przedsiębiorczości spółki dominującej (por. pkt 1 poniżej), jak i do naruszenia swobody przedsiębiorczości pośredniej zagranicznej spółki zależnej (por. pkt 2 poniżej).

#### 1. Ograniczenie swobody przedsiębiorczości spółki dominującej

20. Zgodnie z art. 43 WE w związku z art. 48 WE oraz zgodnie z art. 49 w związku z art. 54 TFUE swoboda przedsiębiorczości obejmuje, co się tyczy spółek utworzonych zgodnie z prawem państwa członkowskiego i mających statutową siedzibę, zarząd lub główny zakład w obrębie Unii Europejskiej, prawo prowadzenia działalności w innych państwach członkowskich za pośrednictwem spółki zależnej<sup>5</sup>.

21. Z utrwalonego orzecznictwa wynika, że wszelkie środki, które zakazują korzystania ze swobody przedsiębiorczości, utrudniają je lub czynią mniej atrakcyjnym<sup>6</sup>, należy uważać za ograniczenia tej swobody. Również na podstawie utrwalonego orzecznictwa swoboda przedsiębiorczości nie tylko ma przy tym na celu zapewnienie praw podmiotów z państwa członkowskiego pochodzenia w przyjmującym państwie członkowskim, lecz także sprzeciwia się temu, by państwo członkowskie pochodzenia utrudniało podejmowanie działalności przez spółkę utworzoną zgodnie z jego ustawodawstwem w innym państwie członkowskim<sup>7</sup>. W ramach prawa podatkowego Trybunał przyjmuje wówczas, że doszło do utrudnienia swobody, gdy ma miejsce niekorzystne traktowanie w odniesieniu do działalności prowadzonej w innym państwie członkowskim w porównaniu z działalnością o charakterze wyłącznie krajowym<sup>8</sup>.

#### a) Niekorzystne odmienne traktowanie

22. Należy zatem najpierw zbadać, czy niderlandzka spółka dominująca jest przez niderlandzkie państwo członkowskie pochodzenia, w ramach regulacji dotyczącej jednego podmiotu podatkowego, w przypadku posiadania spółki zależnej w innym państwie członkowskim, traktowana gorzej niż spółka dominująca sprawująca kontrolę nad niderlandzką spółką zależną.

4 — Wyrok Trybunału z dnia 13 listopada 2012 r. w sprawie C-35/11 *Test Claimants in the FII Group Litigation*, pkt 91.

5 — Zobacz wyrok Trybunału z dnia 20 czerwca 2013 r. w sprawie C-186/12 *Impacto Azul*, pkt 32 i przytoczone tam orzecznictwo.

6 — Zobacz wyrok Trybunału z dnia 6 września 2012 r. w sprawie C-380/11 *DI. VI. Finanziaria di Diego della Valle & C.*, pkt 33 i przytoczone tam orzecznictwo.

7 — Zobacz *ibidem*, pkt 32 i przytoczone tam orzecznictwo.

8 — Zobacz *ww.* w przypisie 2 wyrok w sprawie *Papillon*, pkt 16–23.

23. Sąd odsyłający stawia w związku z tym pytanie, jakie sytuacje w niniejszej sprawie należy ze sobą porównać. W sytuacji transgranicznej chodzi o utworzenie jednego podmiotu podatkowego ze spółkami zależnymi niższego rzędu, bez udziału zagranicznej spółki zależnej. Jeżeli porównać to z sytuacją czysto krajową, w której spółka zależna nie uczestniczy w jednym podmiocie podatkowym, to odmienne traktowanie nie ma miejsca, skoro niderlandzka spółka dominująca nie może stworzyć jednego podmiotu podatkowego wyłącznie ze swoimi spółkami zależnymi niższego rzędu. Kwestia ta z kolei wygląda inaczej, jeśli dokona się porównania sytuacji transgranicznej z sytuacją czysto krajową, w której spółka zależna uczestniczy w jednym podmiocie podatkowym.

24. W tym kontekście zarówno Republika Federalna Niemiec, jak i Królestwo Niderlandów zaprzeczają, aby miało miejsce odmienne traktowanie krajowych i zagranicznych podmiotów prowadzących działalność gospodarczą, ponieważ zgodnie z niderlandzką regulacją nikt nie ma możliwości utworzenia jednego podmiotu podatkowego ze spółkami zależnymi niższego rzędu bez uczestnictwa pośredniej spółki zależnej.

25. Decydujące znaczenie ma tu jednak okoliczność, że zgodnie z niderlandzkimi regulacjami spółka dominująca z pośrednią zagraniczną spółką zależną w ogóle nie ma możliwości utworzenia ze swoimi krajowymi spółkami zależnymi niższego rzędu jednego podmiotu podatkowego, ponieważ zagraniczna spółka zależna nie może stanowić części jednego podmiotu podatkowego. Możliwość taka natomiast istnieje w przypadku spółki dominującej z krajową spółką zależną. Owe różnice w możliwościach Trybunał uznał już za rozstrzygające w wyroku w sprawie Papillon<sup>9</sup>. Stanowią one niekorzystne odmienne traktowanie spółki dominującej, która korzysta z przysługującej jej swobody przedsiębiorczości poprzez założenie spółki zależnej w innym państwie członkowskim.

26. Królestwo Niderlandów zarzuciło jednak temu stanowisku, że szkoda związana z brakiem możliwości utworzenia jednego podmiotu podatkowego z niderlandzkimi spółkami zależnymi niższego rzędu stanowi w systemie niderlandzkim jedynie konsekwencję zakazu włączania do tego podmiotu zagranicznej spółki zależnej. Wyłączenie zagranicznych spółek zależnych z jednego podmiotu podatkowego ma być jednak, jak wskazał Trybunał już w wyroku w sprawie X Holding<sup>10</sup>, zgodne ze swobodą przedsiębiorczości.

27. Przyłączam się do tego stwierdzenia w zakresie, w jakim niderlandzka regulacja najwyraźniej nie zawiera postanowień, które wprost zakazywałyby krajowym spółkom dominującym tworzenia jednych podmiotów podatkowych z ich krajowymi spółkami zależnymi niższego rzędu, *jeżeli* pośrednia spółka zależna ma siedzibę za granicą. Niekorzystne traktowanie wynika raczej po prostu z tego, że niderlandzka regulacja co do zasady nie zezwala na utworzenie jednego podmiotu podatkowego jedynie przez spółkę dominującą i spółki zależne niższego rzędu i równocześnie zakazuje krajowej spółce dominującej utworzenia jednego podmiotu podatkowego z udziałem zagranicznej spółki zależnej.

28. Uwzględniając wyrok w sprawie X Holding, należy jednak dokonać rozróżnienia niekorzyści, jakie powstają w wyniku wykluczenia zagranicznych spółek<sup>11</sup>. Owo wykluczenie prowadzi nie tylko do tego, że zagraniczna spółka zależna nie może wziąć udziału w jednym podmiocie podatkowym. Konsekwencją tego wykluczenia jest również to, iż krajowe spółki zależne niższego rzędu nie biorą udziału w jednym podmiocie podatkowym. W wyroku w sprawie X Holding chodziło jedynie o ustalenie, czy możliwe jest podniesienie szkody wynikającej z tego, że mające siedzibę za granicą spółki zależne nie mogą wziąć udziału w jednym podmiocie podatkowym. Nie badano jednak kwestii, czy dalsze skutki wykluczenia, w szczególności występująca w niniejszym przypadku niekorzyść polegająca na niemożliwości włączenia krajowych spółek zależnych niższego rzędu w jeden podmiot podatkowy, są również zgodne ze swobodą przedsiębiorczości.

9 — Zobacz ww. w przypisie 2 wyrok w sprawie Papillon, pkt 21.

10 — Wyżej wymieniony w przypisie 3 wyrok w sprawie X Holding.

11 — Zobacz podobnie ww. w przypisie 2 wyrok w sprawie Papillon, pkt 17.

29. W związku z tym należy uznać, że niekorzystne odmienne traktowanie krajowej spółki dominującej posiadającej w innym państwie członkowskim spółkę zależną w stosunku do spółki dominującej posiadającej krajową spółkę zależną ma miejsce w zakresie, w jakim brak możliwości objęcia jednym podmiotem podatkowym spółki zależnej wyklucza także włączenie spółek zależnych niższego rzędu do tego podmiotu.

30. Szkoda ta powstaje zresztą również po stronie krajowej spółki dominującej, gdy chodzi o, jak zauważył sąd odsyłający w swoim drugim pytaniu prejudycjalnym w sprawie C-39/13, krajową spółkę zależną niższego rzędu typu spółka „prawnuczka”, której włączenie do jednego podmiotu podatkowego z krajową spółką dominującą jest niedopuszczalne, ponieważ zarówno spółka zależna, jak spółka zależna niższego rzędu mają siedzibę w innym państwie członkowskim.

#### b) Obiektywna porównywalność sytuacji

31. Ograniczenie swobody przedsiębiorczości wynikające z tego niekorzystnego odmiennego traktowania ma jednak miejsce jedynie wtedy, gdy odmiennie traktowane sytuacje są również obiektywnie porównywalne<sup>12</sup>.

32. Pozostaje jednak niejasne, co Trybunał w istocie w tym zakresie bada<sup>13</sup>. Na gruncie wyroków w sprawach X Holding oraz Papillon można w każdym razie stwierdzić, że przedmiotowe sytuacje są jak najbardziej obiektywnie porównywalne.

33. W wyroku w sprawie X Holding, który również odnosił się do niderlandzkiej regulacji jednego podmiotu podatkowego, Trybunał uznał zatem za wystarczające, że w obu sytuacjach spółki dominujące chciały skorzystać z korzyści wynikających z tych regulacji<sup>14</sup>, co ma miejsce również w niniejszym przypadku.

34. W wyroku w sprawie Papillon Trybunał odniósł się natomiast do kwestii osiągnięcia celu francuskiej regulacji, którym to celem jest w dużej mierze zrównanie z punktu widzenia podatkowego sytuacji koncernu i pojedynczego przedsiębiorstwa. Cel ten, do którego również zmierza badana regulacja niderlandzka<sup>15</sup>, jest także zdaniem Trybunału osiągalny, gdy wyłącznie spółki dominujące oraz spółki zależne niższego rzędu mają siedzibę krajową<sup>16</sup>.

35. Sytuacja krajowej spółki dominującej posiadającej krajowe spółki zależne niższego rzędu oraz pośrednią spółkę zależną z siedzibą za granicą jest w rezultacie obiektywnie porównywalna z sytuacją takiej krajowej spółki dominującej, której spółka zależna ma krajową siedzibę.

#### c) Wniosek częściowy

36. Swoboda przedsiębiorczości niderlandzkiej spółki dominującej, której spółka zależna ma siedzibę w innym państwie członkowskim, zostaje zatem ograniczona w ten sposób, że niderlandzka regulacja nie zezwala tej spółce dominującej na utworzenie jednego podmiotu wraz z niderlandzkimi spółkami zależnymi niższego rzędu.

12 — Zobacz podobnie ww. w przypisie 2 wyrok w sprawie Papillon, pkt 27; ww. w przypisie 3 wyrok w sprawie X Holding, pkt 20.

13 — Zobacz pkt 40 opinii rzecznika generalnego J. Kokott z dnia 19 czerwca 2012 r. w sprawie C-123/11 A.

14 — Wyżej wymieniony w przypisie 3 wyrok w sprawie X Holding, pkt 24.

15 — Ibidem, pkt 18.

16 — Wyżej wymieniony w przypisie 2 wyrok w sprawie Papillon, pkt 29.

## 2. Ograniczenie swobody przedsiębiorczości spółki zależnej

37. Dodatkowo SCA Group Holding BV słusznie wskazuje, że niderlandzka regulacja może również naruszać swobodę przedsiębiorczości jej niemieckiej pośredniej spółki zależnej.

38. Zgodnie z art. 43 ust. 1 zdanie drugie WE oraz z art. 49 ust. 1 zdanie drugie TFUE swoboda przedsiębiorczości obejmuje też wolny wybór formy prawnej, w której wykonywana jest działalność w innym państwie członkowskim<sup>17</sup>. Spółkom powinno być w szczególności umożliwione prowadzenie działalności w państwie członkowskim przyjmującym na takich samych warunkach zarówno poprzez oddział, jak też za pomocą spółki zależnej<sup>18</sup>.

39. Prawo to zostaje jednak podważone przez niderlandzką regulację dotyczącą jednego podmiotu podatkowego. Gdyby bowiem zagraniczne spółki zależne korzystały ze swobody przedsiębiorczości w Niderlandach za pomocą oddziałów zamiast spółek zależnych, wówczas oddziały, jako zakłady zagranicznej spółki zależnej, zgodnie z art. 15 ust. 4 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych mogłyby zostać włączone do jednego podmiotu podatkowego z niderlandzką spółką dominującą. Zwraca na to uwagę wprost sąd odsyłający w swoim drugim pytaniu w sprawie C-41/13.

40. Wykonywanie swobody przedsiębiorczości zagranicznej spółki zależnej w Niderlandach poprzez utworzenie własnej spółki zależnej zamiast oddziału jest mniej korzystne, ponieważ zagraniczna spółka zależna nie jest w stanie w tym przypadku skorzystać z zalet wynikających z tego, że jej spółki zależne jako spółki zależne niższego rzędu mogłyby stworzyć jeden podmiot podatkowy ze spółką dominującą. W ten sposób swobodny wybór formy prowadzenia działalności gospodarczej przez zagraniczną spółkę zależną ulega ograniczeniu.

41. Poza tym w wyroku w sprawie Philips Electronics Trybunał stwierdził już, że sytuacja zakładu w państwie przyjmującym oraz powstałej tam spółki zależnej w zakresie, w jakim chodzi o możliwość przeniesienia w ramach koncernu poniesionych strat, są ze sobą obiektywnie porównywalne<sup>19</sup>. Trudno jest wskazać powody, dla których należałoby dokonać innej oceny w przypadku niderlandzkiego systemu jednego podmiotu podatkowego, który umożliwia też między innymi przeniesienie w ramach koncernu poniesionych strat.

42. Niderlandzka regulacja stanowi zatem ograniczenie swobody przedsiębiorczości również w przypadku pośredniej spółki zależnej, która ma siedzibę w innym państwie członkowskim, wskutek odmowy utworzenia jednego podmiotu podatkowego pomiędzy niderlandzką spółką dominującą i jej niderlandzkimi spółkami zależnymi niższego rzędu.

## 3. Uzasadnienie

43. Wskazane ograniczenia swobody przedsiębiorczości zarówno krajowych spółek dominujących, jak i pośrednich zagranicznych spółek zależnych mogłyby być jednak uzasadnione nadrzędnymi względami interesu ogólnego.

44. W wyroku w sprawie X Holding Trybunał ustalił już, że wykluczenie zagranicznej spółki zależnej z niderlandzkiego jednego podmiotu podatkowego jest uzasadnione z uwagi na konieczność zachowania rozdziału kompetencji podatkowych między państwami członkowskimi<sup>20</sup>.

17 — Wyroki Trybunału: z dnia 28 stycznia 1986 r. w sprawie 270/83 Komisja przeciwko Francji, Rec. 1986, s. 273, pkt 22; z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie C-231/05 Oy AA, Zb.Orz. s. I-6373, pkt 40; postanowienie Trybunału z dnia 4 czerwca 2009 r. w sprawach połączonych C-439/07 i C-499/07 KBC Bank oraz Beleggen, Risicokapitaal, Beheer, Zb.Orz. s. I-4409, pkt 77.

18 — Zobacz wyroki Trybunału: z dnia 23 lutego 2006 r. w sprawie C-253/03 CLT-UFA, Zb.Orz. s. I-1831, pkt 15; z dnia 6 września 2012 r. w sprawie C-18/11 Philips Electronics, pkt 14.

19 — Zobacz ww. w przypisie 18 wyrok w sprawie Philips Electronics, pkt 19.

20 — Zobacz ww. w przypisie 3 wyrok w sprawie X Holding, pkt 25 i nast.

45. W niniejszym przypadku nie jest to jednak wystarczające uzasadnienie. Jeden podmiot podatkowy ma tu bowiem powstać wyłącznie pomiędzy dłużnikami podatkowymi, którzy podlegają niderlandzkiemu systemowi podatkowemu. Jurysdykcja skarbową Królestwa Niderlandów nie zostanie zatem naruszona poprzez uwzględnienie zagranicznych stanów faktycznych, które jej nie podlegają.

46. Za pomocą trzeciego pytania prejudycjalnego sąd odsyłający zmierza jednak do ustalenia, czy wskazane ograniczenia swobody przedsiębiorczości mogłyby być uzasadnione ze względu na konieczność zachowania spójności podatkowej, w tym ze względu na zapobieganie jednostronnemu i dwustronnemu podwójnemu uwzględnianiu strat. Niderlandzki urząd skarbowy wskazywał bowiem w postępowaniu głównym, że zezwolenie na tworzenie jednego podmiotu podatkowego wyłącznie pomiędzy niderlandzką spółką dominującą i krajowymi spółkami zależnymi niższego rzędu koncernu niesie ze sobą niebezpieczeństwo podwójnego uwzględnienia strat zarówno w kraju, jak i w dwóch różnych państwach członkowskich.

#### a) Podwójne uwzględnianie strat

47. Przed zbadaniem, czy cel, jakim jest zapobieganie podwójnemu uwzględnieniu strat, może stanowić usprawiedliwienie, należy wskazać, że podobna przesłanka uzasadniająca nie występuje w samodzielnej postaci, jak już wskazałam w innej opinii<sup>21</sup>. Powoływanie się wyłącznie na wskazany cel nie może zatem usprawiedliwiać naruszenia swobody traktatowej.

48. Stwierdzenie to jest niezależne od tego, czy chodzi o zapobieżenie jednostronnemu, czy też dwustronnemu podwójnemu uwzględnianiu strat.

49. Jeżeli chodzi o przypadek jednostronnego uwzględniania strat, państwo członkowskie zamierza w ramach swojego systemu podatkowego wykluczyć podwójne uwzględnienie strat. Do samego państwa członkowskiego należy jednak uniemożliwienie tego poprzez pozbawiony ograniczeń system podatkowy, przy pomocy przyjęcia w stosownych przypadkach specjalnych przepisów zapobiegających temu podwójnemu uwzględnianiu strat.

50. Co się tyczy dwustronnego uwzględniania, państwo członkowskie pragnie zapobiegać temu, aby strata była uwzględniana zarówno w ramach jego własnego systemu podatkowego, jak i w ramach przepisów podatkowych innego państwa członkowskiego również w innym systemie podatkowym. Już w wyroku w sprawie Philips Electronics Trybunał stwierdził, że zwykle powołanie się na konieczność zapobiegania podwójnemu uwzględnieniu strat w dwóch różnych państwach członkowskich nie może zostać uznane za samodzielne kryterium uzasadniające<sup>22</sup>. Chodzi tu zresztą o dwie strony tego samego medalu, ponieważ państwo pochodzenia z jednej strony, jak się uznaje, nie ma obowiązku dostosowywać swych przepisów do przepisów innego państwa członkowskiego, tak aby wykluczyć w każdym przypadku odmienne traktowanie w odniesieniu do transgranicznego prowadzenia działalności<sup>23</sup>, a z drugiej strony również nie może powoływać się na przepisy podatkowe innego państwa członkowskiego dla usprawiedliwiania własnego odmiennego traktowania.

51. W związku z tym, jakkolwiek cel, jakim jest zapobieżenie podwójnemu uwzględnianiu strat, nie może jako taki stanowić usprawiedliwienia dla restryktywnego prawa podatkowego, zajmę jednak również stanowisko co do konkretnych możliwości podwójnego uwzględnienia strat w niniejszym przypadku, bowiem uczestnicy postępowania intensywnie rozpatrywali tę kwestię.

21 — Zobacz opinia z dnia 19 kwietnia 2012 r. w sprawie C-18/11 Philips Electronics, pkt 58 i nast.

22 — Zobacz ww. w przypisie 18 wyrok w sprawie Philips Electronics, pkt 31 i nast.

23 — Zobacz wyroki Trybunału: z dnia 28 lutego 2008 r. w sprawie C-293/06 Deutsche Shell, Zb.Orz. s. I-1129, pkt 43; z dnia 29 listopada 2011 r. w sprawie C-371/10 National Grid Indus, Zb.Orz. s. I-12273, pkt 62.

52. Królestwo Niderlandów wskazywało początkowo, że niebezpieczeństwo związane z dwustronnym podwójnym uwzględnieniem strat powstaje wskutek tego, iż w przypadku straty niderlandzka spółka zależna niższego rzędu stratę tę będzie mogła uwzględnić zarówno u niderlandzkiej spółki dominującej w ramach jednego podmiotu podatkowego, jak i u zagranicznej spółki zależnej, i to właśnie na podstawie określonego zmniejszenia wartości wskutek straty w związku z udziałem w spółce zależnej niższego rzędu lub na podstawie skierowanej przeciwko niej roszczeniu. W ramach jednego podmiotu podatkowego, który obejmuje spółkę zależną, nie należy się tego z kolei obawiać, ponieważ brak będzie transakcji pomiędzy spółkami, które należałoby uwzględnić.

53. Można przy tym pominąć kwestię, czy chodzi tu w ogóle o tę samą stratę. Wydaje się, że jeśli chodzi o stratę wartości udziału, Trybunał w wielu wyrokach bronił zarówno jednego, jak i drugiego stanowiska<sup>24</sup>.

54. W każdym razie jakakolwiek możliwość podwójnego uwzględnienia strat nie może stanowić uzasadnienia dla badanego ograniczenia już dlatego, że zakaz tworzenia jednego podmiotu podatkowego pomiędzy niderlandzką spółką dominującą i jej spółkami zależnymi niższego rzędu w ogóle nie jest odpowiedni do tego, aby zapobiec takiej sytuacji. MSA International Holdings BV słusznie wskazała, iż zakaz stworzenia jednego podmiotu podatkowego nie zapobiega temu, że strata spółki zależnej niższego rzędu w Niderlandach może być dalej wykorzystana poprzez na przykład przeniesienie straty na następny okres, podczas gdy równocześnie utrata wartości majątku zagranicznej pośredniej spółki zależnej nadal ma miejsce.

55. Dodatkowo niderlandzkie organy podatkowe podniosły w ramach postępowania głównego, że podwójne uwzględnienie strat może też mieć jednostronnie miejsce w ramach Niderlandów i że należy mu zapobiegać. Również w tym przypadku strata, która wystąpiła u spółki zależnej niższego rzędu, może, poprzez związane z nią pogorszenie sytuacji finansowej zagranicznej spółki zależnej, prowadzić w przypadku niderlandzkiej spółki dominującej do zmniejszenia wartości należności od zagranicznej spółki zależnej lub do straty przy jej likwidacji. Byłoby to z kolei wykluczone, gdyby spółka zależna stanowiła część jednego podmiotu podatkowego.

56. Jednak także w tym przypadku odmowa utworzenia jednego podmiotu podatkowego między krajową spółką dominującą i spółkami zależnymi niższego rzędu nie jest ani odpowiednia, ani konieczna do osiągnięcia celu, jakim ma być zapobieganie podwójnemu uwzględnieniu strat w Niderlandach. Strata postrzegana potencjalnie jako tożsama może zostać uwzględniona podwójnie również w braku jednego podmiotu podatkowego, co prawda nie u jednego podatnika, lecz w sposób rozłożony na spółkę dominującą i spółkę zależną niższego rzędu. Poza tym to zadaniem niderlandzkiego ustawodawcy jest zapobieganie podobnemu podwójnemu uwzględnianiu strat w Niderlandach. Rechtbank Haarlem jako pierwsza instancja w postępowaniu głównym wskazał zresztą, że rozporządzenie o jednym podmiocie podatkowym zawiera już odpowiednie regulacje dotyczące przypadku zagranicznej spółki zależnej posiadającej krajowy zakład.

57. W rezultacie można stwierdzić, że zapobieganie dwustronnemu lub jednostronnemu podwójnemu uwzględnieniu strat w żadnym przypadku nie stanowi usprawiedliwienia dla badanego ograniczenia.

24 — Zobacz z jednej strony ww. w przypisie 2 wyrok w sprawie Papillon, pkt 47, a z drugiej wyrok Trybunału z dnia 29 marca 2007 r. w sprawie C-347/04 Rewe Zentralfinanz, Zb.Orz. s. I-2647, pkt 47.

b) Spójność krajowych regulacji podatkowych

58. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem ograniczenie swobód podstawowych może być uzasadnione koniecznością zapewnienia spójności krajowych regulacji podatkowych. W tym względzie należy wykazać istnienie bezpośredniego związku pomiędzy daną ulgą podatkową a wyrównaniem tej ulgi przez określone obciążenie podatkowe<sup>25</sup>. W takiej konfiguracji podmiotowi swobody traktatowej można odmówić korzyści podatkowej, ponieważ nie podlega on związanemu z tym bezpośrednio obciążeniu podatkowemu. Bezpośredni charakter tego związku powinien być oceniany z punktu widzenia celu spornego uregulowania podatkowego<sup>26</sup>.

59. W niniejszym przypadku powstaje pytanie, czy odmowa utworzenia jednego podmiotu podatkowego pomiędzy niderlandzką spółką dominującą i jej niderlandzkimi spółkami zależnymi niższego rzędu może być uzasadniona tym, że spółce dominującej oszczędza się w ten sposób związane z tym bezpośrednio obciążenia podatkowego.

60. Istotnie, w wyroku w sprawie Papillon Trybunał, odnosząc się do francuskiej regulacji dotyczącej „integracji podatkowej”, uznał co do zasady, że istnieje bezpośredni związek przyczynowy między możliwością przenoszenia strat między uczestniczącymi spółkami a podatkową neutralizacją określonych transakcji pomiędzy nimi, co zapobiega podwójnemu uwzględnieniu strat<sup>27</sup>. Dlatego odmowa dokonania „integracji podatkowej” z udziałem krajowej spółki dominującej oraz spółki zależnej niższego rzędu w przypadku zagranicznej spółki zależnej może zostać zasadniczo usprawiedliwiona względami spójności krajowej regulacji podatkowej.

61. To samo można by zakładać, jeżeli chodzi o niderlandzką regulację dotyczącą jednego podmiotu podatkowego, ponieważ traktowanie biorących w nim udział spółek jako jednej spółki również powoduje, że straty pojedynczych spółek mogą zostać spożytkowane wspólnie przez koncern, oraz prowadzi do całkowitej neutralizacji transakcji podatkowych pomiędzy wszystkimi spółkami tworzącymi jeden podmiot podatkowy. Tego typu neutralizacja występowałaby tymczasem w przypadku jednego podmiotu podatkowego złożonego wyłącznie z krajowych spółek dominujących oraz ze spółek zależnych niższego rzędu, a nie pomiędzy krajową spółką dominującą i zagraniczną spółką zależną, a zatem spółka dominująca mogłaby nie ponosić w tym zakresie ciężarów podatkowych.

62. Jest jednak wątpliwe, czy w niniejszym przypadku w odniesieniu do podatkowej neutralizacji transakcji pomiędzy krajową spółką dominującą a zagraniczną spółką zależną w ogóle można mówić, w rozumieniu spójności podatkowej, o podatkowym obciążeniu, którego celem jest wyrównanie podatkowej korzyści polegającej na grupowym rozliczaniu strat. Całkowita podatkowa neutralizacja tych transakcji w niderlandzkim systemie jednego podmiotu podatkowego może być sama w sobie korzystna lub niekorzystna, zależnie od tego, czy w odniesieniu do spółki zależnej bez uwzględnienia neutralizacji transakcje prowadzą do straty czy do zysku. Wskutek niewłączenia zagranicznej pośredniej spółki zależnej do jednego podmiotu podatkowego spółce dominującej nie zostanie przez to bezwzględnie oszczędzona konieczność ponoszenia ciężaru podatkowego.

63. W każdym razie w wyroku w sprawie Papillon Trybunał podniósł, w odniesieniu do ograniczenia swobody przedsiębiorczości krajowej spółki dominującej, że spójność podatkowa nie może być osiągalna za pomocą środków, które są mniej restrykcyjne dla swobody przedsiębiorczości<sup>28</sup>. Niderlandzka regulacja dotycząca jednego podmiotu podatkowego prowadzi do przyznania korzyści podatkowych również zagranicznej spółce, która posiada krajowy zakład. W tym przypadku brak

25 — Zobacz ww. w przypisie 2 wyrok w sprawie Papillon, pkt 43 i nast.; wyrok Trybunału z dnia 17 października 2013 r. w sprawie C-181/12 Welte, pkt 59.

26 — Wyżej wymieniony w przypisie 2 wyrok w sprawie Papillon, pkt 44.

27 — Zobacz ww. w przypisie 2 wyrok w sprawie Papillon, pkt 45 i nast.

28 — Zobacz *ibidem*, pkt 52 i nast.

neutralizacji podatkowej pomiędzy krajową spółką dominującą i zagraniczną spółką zależną jest przez niderlandzką regulację kompensowany poprzez postanowienia rozporządzenia dotyczące jednego podmiotu podatkowego. Skoro niderlandzki system zezwala na stworzenie jednego podmiotu podatkowego wówczas, gdy podatkowa neutralizacja pomiędzy spółką dominującą i spółką zależną ma miejsce nie automatycznie poprzez włączenie ich do jednego podmiotu podatkowego, ale dopiero w drodze późniejszej korekty, to istnieje tu łagodniejszy środek pozwalający zachować spójność podatkową. Jak stwierdził już w pierwszej instancji w postępowaniu głównym Rechtbank Haarlem, w celu uniknięcia jakiegokolwiek niespójności w niderlandzkim systemie podatkowym spółki zależne niższego rzędu mogą być z tego względu traktowane jak zakłady pośrednich spółek zależnych.

64. Odmienne traktowanie krajowych spółek zależnych zagranicznych spółek i ich krajowych zakładów, które ogranicza swobodę przedsiębiorczości zagranicznej pośredniej spółki zależnej, nie może być zatem usprawiedliwiane względami spójności podatkowej. Królestwo Niderlandów, odpowiadając na pytania przedstawione w trakcie rozprawy, również nie było w stanie wyjaśnić, dlaczego obie formy wykonywania działalności gospodarczej w niderlandzkim systemie podatkowym są traktowane odmiennie, jeżeli chodzi o utworzenie jednego podmiotu podatkowego.

65. Nie przekonuje dodatkowo sprzeciw biorących udział w postępowaniu państw członkowskich wobec powoływania się na wyrok Papillon, wskazujących, że niderlandzki podmiot podatkowy należy ze względu na swój sposób funkcjonowania odróżnić od francuskiej konstrukcji „integracji podatkowej”, która była przedmiotem wyroku w sprawie Papillon. Co prawda rząd niderlandzki słusznie wskazywał w trakcie rozprawy, że zasadnicza różnica polega tu na tym, iż w systemie francuskim każda spółka ustala samodzielnie swój własny wynik i dopiero później mają miejsce skutki „integracji podatkowej” w postaci przenoszenia strat i podatkowej neutralizacji poszczególnych operacji, podczas gdy niderlandzki system osiąga ten sam cel, traktując kilka podmiotów jak jednego podatnika. Mimo to rząd niderlandzki nie wskazał – i nie jest w żaden sposób oczywiste – w jaki sposób różnica ta miałyby prowadzić do odmiennej oceny ograniczeń swobody przedsiębiorczości.

66. Zatem ani ograniczenie swobody przedsiębiorczości krajowej spółki dominującej, ani ograniczenie swobody przedsiębiorczości pośredniej spółki zależnej nie dają się uzasadnić względami spójności podatkowej.

#### 4. Wniosek w sprawach C-39/13 i C-41/13

67. W rezultacie w sprawach C-39/13 i C-41/13 należy stwierdzić, że niderlandzkie regulacje, zgodnie z którymi mające siedzibę w Niderlandach spółka dominująca i spółka zależna niższego stopnia tylko wówczas mogą się połączyć w jeden podmiot podatkowy, jeżeli pośrednia spółka zależna również ma siedzibę w Niderlandach lub przynajmniej prowadzi tam zakład, naruszają swobodę przedsiębiorczości.

#### B – Jeden podmiot podatkowy składający się ze spółek zależnych (sprawa C-40/13)

68. W ramach sprawy C-40/13 należy zbadać, czy niderlandzkie regulacje nie stoją w sprzeczności ze swobodą przedsiębiorczości ze względu na to, że spółki siostrzane z siedzibą w Niderlandach mogą stworzyć jeden podmiot podatkowy jedynie wówczas, gdy spółka dominująca również ma siedzibę w Niderlandach lub przynajmniej posiada tam zakład.

#### 1. Ograniczenie swobody przedsiębiorczości spółki dominującej

69. Swoboda przedsiębiorczości mającej siedzibę w innym państwie członkowskim spółki dominującej mogłaby zostać naruszona przez omawiane niderlandzkie regulacje dotyczące jednego podmiotu podatkowego.

70. Swoboda przedsiębiorczości zakazuje stosowania w państwie przyjmującym odmiennego traktowania w zakresie podatków spółek krajowych i zagranicznych, jeżeli spółki te, zważywszy na odpowiednie przepisy prawa krajowego, znajdują się w obiektywnie porównywalnej sytuacji<sup>29</sup>.

71. Z tego względu należy najpierw ustalić, czy ma miejsce niekorzystne odmienne traktowanie zagranicznej spółki dominującej względem krajowej spółki dominującej.

72. Republika Federalna Niemiec oraz Królestwo Niderlandów zaprzeczają, aby doszło tu do nierównego traktowania, ponieważ na podstawie niderlandzkich regulacji nikt nie jest uprawniony do zbudowania takiego jednego podmiotu podatkowego bez udziału spółki dominującej.

73. Jednak tutaj również należy zauważyć<sup>30</sup>, że niekorzystne odmienne traktowanie polega na tym, iż zagraniczna spółka dominująca w przeciwieństwie do krajowej nie ma możliwości zbudowania jednego podmiotu podatkowego ze swymi spółkami zależnymi. Jest to wynik braku w niderlandzkim prawie regulacji, które pozwalałyby na włączenie zagranicznych spółek w ramy jednego podmiotu podatkowego. Niedopuszczalność takiego włączenia jest z punktu widzenia zagranicznej spółki dominującej niekorzystna w tym sensie, że nawet jej niderlandzkie spółki zależne nie mogą być objęte jednym podmiotem podatkowym. Tym samym ma miejsce niekorzystne odmienne traktowanie zagranicznej spółki dominującej.

74. Dodatkowo spółki dominujące krajowa i zagraniczna muszą również znajdować się w obiektywnie porównywalnej sytuacji w odniesieniu do regulacji dotyczącej jednego podmiotu podatkowego.

75. Ponownie odwołując się do odpowiednich ustaleń Trybunału z wyroku w sprawie Papillon<sup>31</sup>, można tu jedynie stwierdzić, że cel niderlandzkiej regulacji dotyczącej jednego podmiotu podatkowego, jakim jest traktowanie koncernu jak jednego przedsiębiorstwa, może zostać w przypadku zagranicznej spółki dominującej osiągnięty częściowo również przez to, że w konsolidacji uczestniczyć będą jedynie niderlandzkie spółki zależne.

76. W szczególności Republika Federalna Niemiec zarzucała temu rozumowaniu, jakoby zgodnie z regulacją niderlandzką konsolidacja na poziomie spółki zależnej w ogóle nie była możliwa, skoro przebiega ona u spółki dominującej. Jeden podmiot podatkowy opiera się na założeniu, że spółka dominująca sprawuje kontrolę nad swoimi spółkami zależnymi. Pomiędzy spółkami zależnymi nie istnieje zaś podobny stosunek władztwa.

77. Jak następnie słusznie wywiodła Komisja w trakcie rozprawy, pytanie, u której ze spółek wchodzących w skład jednego podmiotu podatkowego ma miejsce konsolidacja podatkowa, jest wyłącznie pytaniem natury technicznej i bez znaczenia dla celu regulacji. Jeżeli działanie jednego podmiotu podatkowego pomiędzy spółkami zależnymi mogłyby zostać dopuszczone, to ma drugorzędne znaczenie, komu jako podatnikowi zostanie przypisany ostateczny skutek w tym względzie.

78. Dodatkowo argumentacja Republiki Federalnej Niemiec pomija okoliczność, że pomiędzy zagraniczną spółką dominującą i jej krajowymi spółkami zależnymi występuje stosunek kontroli. Innymi słowy, w przedmiotowym przypadku w skład jednego podmiotu podatkowego nie mają wchodzić dowolne spółki. Chodzi w znacznie większym stopniu o konsolidację spółek zależnych, nad którymi kontrolę sprawuje jedna spółka dominująca. Wyłączna różnica w niniejszym przypadku w odniesieniu do porównywalnych sytuacji polega na tym, że spółka dominująca ma siedzibę w innym państwie członkowskim i dlatego nie może zostać włączona do jednego podmiotu podatkowego.

29 — Zobacz podobnie wyroki Trybunału: z dnia 12 grudnia 2006 r. w sprawie C-374/04 *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, Zb.Orz. s. I-11673, pkt 46; z dnia 22 grudnia 2008 r. w sprawie C-282/07 *Truck Center*, Zb.Orz. s. I-10767, pkt 36.

30 — Zobacz pkt 28 powyżej.

31 — Zobacz pkt 34 powyżej.

79. Twierdzenie o ograniczeniu swobody przedsiębiorczości poprzez odmowę utworzenia jednego podmiotu podatkowego ze spółek siostrzanych nie może zostać obalone przez to, że jak wskazał dodatkowo w swoim drugim pytaniu prejudycjalnym sąd odsyłający, wspólna spółka dominująca spółek siostrzanych, które mają ulec konsolidacji, znajduje się dopiero na wyższej płaszczyźnie struktury koncernu, podczas gdy spółki pośrednie, ze względu na to, że mają siedzibę w innym państwie członkowskim, same nie mogą stanowić części jednego podmiotu podatkowego.

80. Należy zatem stwierdzić, że niderlandzka regulacja, zgodnie z którą mające siedzibę w Niderlandach spółki siostrzane mogą się połączyć w jeden podmiot podatkowy tylko wtedy, gdy spółka dominująca również ma siedzibę w Niderlandach lub przynajmniej posiada tam zakład, stanowi ograniczenie swobody przedsiębiorczości zagranicznej spółki dominującej.

## 2. Uzasadnienie

81. Nie można dostrzec uzasadnienia dla owego ograniczenia swobody przedsiębiorczości. Zasadniczo wszystkie elementy tego zagadnienia zostały już zbadane w ramach spraw C-39/13 i C-41/13<sup>32</sup>.

82. W przypadku utworzenia jednego podmiotu podatkowego pomiędzy krajowymi spółkami zależnymi krajowej spółki dominującej nie wpływa to na rozdział kompetencji podatkowych między państwami członkowskimi, ponieważ w grę wchodzi jedynie konsolidacja krajowych spółek.

83. Konieczność zapobiegania podwójnemu uwzględnianiu strat przez krajową spółkę zależną oraz zagraniczną spółkę dominującą nie może być postrzegana jako samodzielna przyczyna uzasadniająca ograniczenie, a celowi temu nie można zapobiegać poprzez zakaz tworzenia jednego podmiotu podatkowego pomiędzy spółkami zależnymi.

84. Również w przypadku utworzenia jednego podmiotu podatkowego pomiędzy krajowymi spółkami zależnymi zagranicznej spółki dominującej zachowanie spójności podatkowej tym bardziej nie jest przekonującym uzasadnieniem. Inaczej niż przy utworzeniu jednego podmiotu podatkowego pomiędzy krajową spółką dominującą oraz spółkami zależnymi niższego rzędu trudno jest wskazać w ramach jednego podmiotu podatkowego spółek zależnych transakcje, które wymagają neutralizacji podatkowej.

85. Jeśli chodzi o dostrzegane dodatkowo przez Królestwo Niderlandów niebezpieczeństwo nadużyć podatkowych, polegające na tym, że może mieć miejsce niemające odpowiednika w wartości rynkowej, jednak podatkowo neutralne w ramach jednego podmiotu podatkowego przeniesienie aktywów pomiędzy spółkami siostrzanymi prowadzące do podatkowego obniżenia wartości wierzytelności zagranicznej spółki dominującej przysługującej w stosunku do krajowej spółki siostrzanej, należy wskazać, że jedynie państwo siedziby zagranicznej spółki dominującej byłoby powołane do zwalczania tych nadużyć.

86. Przyjęcie, że ma miejsce zakazane ograniczenie swobody, nie prowadzi zresztą do konkluzji, iż Królestwo Niderlandów musi wprowadzić specjalną regulację dla koncernów z zagranicznymi udziałowcami, jak zarzucała Republika Federalna Niemiec. Również w przypadku koncernu z krajową spółką dominującą przewidziana jest bowiem konsolidacja krajowych spółek siostrzanych w ramach jednego podmiotu podatkowego. W przypadku zagranicznej spółki dominującej swoboda przedsiębiorczości gwarantuje tylko, że spółce tej zapewnione są przywileje wynikające z niderlandzkiej regulacji podatkowej przynajmniej w odniesieniu do niderlandzkich spółek siostrzanych, skoro sama zagraniczna spółka dominująca nie może być częścią jednego podmiotu podatkowego.

32 — Zobacz pkt 43 i nast. powyżej.

### 3. Wniosek w sprawie C-40/13

87. W odniesieniu do sprawy C-40/13 należy stwierdzić, że niderlandzka regulacja, zgodnie z którą siostrzane spółki mające siedziby w Niderlandach mogą połączyć się w jeden podmiot podatkowy wyłącznie wówczas, gdy spółka dominująca również ma siedzibę w Niderlandach lub przynajmniej prowadzi tam zakład, narusza swobodę przedsiębiorczości.

### VI – Wnioski

88. W świetle powyższych rozważań na postawione pytania należy odpowiedzieć w sposób następujący:

Artykuł 43 WE w związku z art. 48 WE oraz art. 49 TFUE w związku z art. 54 TFUE należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwiają się krajowej regulacji takiej jak mająca zastosowanie w postępowaniu głównym, która w ramach nakładania podatków od dochodów spółek:

- zezwala krajowym spółkom dominującym na utworzenie jednego podmiotu podatkowego z krajowymi spółkami zależnymi niższego rzędu tylko wtedy, gdy spółka zależna pośrednia również ma siedzibę w omawianym państwie członkowskim lub gdy ma co prawda siedzibę w innym państwie członkowskim, ale posiada w omawianym państwie członkowskim zakład;
- zezwala krajowym spółkom zależnym na utworzenie jednego podmiotu podatkowego między sobą tylko wtedy, gdy spółka dominująca ma również siedzibę w omawianym państwie członkowskim lub gdy ma co prawda siedzibę w innym państwie członkowskim, ale posiada w omawianym państwie członkowskim zakład.