



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
JULIANE KOKOTT
przedstawiona w dniu 10 stycznia 2019 r.¹

Sprawa C-607/17

**Skatteverket
przeciwko
Memira Holding AB**

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Högsta förvaltningsdomstol
(naczelny sąd administracyjny, Szwecja)]

Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym – Krajowe prawo podatkowe –
Swoboda przedsiębiorczości – Odliczenie strat poniesionych przez zagraniczną spółkę zależną
w państwie siedziby spółki dominującej w ramach połączenia – Uzasadnienie braku możliwości
odliczania tak zwanych ostatecznych strat – Proporcjonalność brakującego transgranicznego
kompensowania strat – Pojęcie tak zwanych ostatecznych strat

I. Wprowadzenie

1. Niniejsze postępowanie² dotyczy kwestii, czy szwedzka spółka dominująca jest uprawniona na podstawie art. 49 w związku z art. 54 TFUE do odliczenia od swych zysków strat spółki zależnej z siedzibą w Niemczech, w której posiada 100% udziałów, jeżeli ta uległa likwidacji w drodze połączenia ze spółką dominującą i nie mogła w pełni „rozliczyć” tam strat poniesionych w Niemczech.

2. Swobody podstawowe nie nakazują co do zasady zapewnienia możliwości transgranicznego rozliczenia straty w ramach grupy. W ten sposób straty powstałe za granicą mogłyby zostać utracone. Jedynie w przypadku tak zwanych *ostatecznych strat* zgodnie z wyrokiem wielkiej izby Trybunału w sprawie Marks & Spencer³ z 2005 r. transgraniczne rozliczenie strat mogłoby być wskazane jako uzasadnione z punktu widzenia proporcjonalności.

¹ Język oryginału: niemiecki.

² Zobacz także sprawa C-608/17 oraz moja opinia z tego samego dnia.

³ Wyrok z dnia 13 grudnia 2005 r. (C-446/03, EU:C:2005:763).

3. Z „ostatecznymi stratami” wiąże się wiele problemów, które doprowadziły do licznych orzeczeń Trybunału⁴. Orzeczenia te nie zdołały jednak jak dotychczas ostatecznie wyjaśnić, jakie przesłanki powinny spełniać straty ostateczne, na co wskazuje złożenie niniejszego ponownego odesłania prejudycjalnego. W tym względzie Trybunał – nie chcąc odchodzić od wyjątku tak zwanych ostatecznych strat⁵ – prawdopodobnie znowu będzie miał możliwość nadać kontury tej grupie przypadków.

II. Ramy prawne

A. Prawo Unii

4. Unijnoprawne ramy niniejszej sprawy kształtują swobodę przedsiębiorczości w odniesieniu do spółek, o której mowa w art. 49 w związku z art. 54 TFUE oraz w dyrektywie Rady 2009/133/WE⁶ (zwanej dalej „dyrektywą w sprawie łączenia spółek”).

5. Uregulowania dotyczące strat spółki przekazującej zawarte są jedynie w art. 6 dyrektywy w sprawie łączenia spółek, który stanowi:

„Jeżeli czynności określone w art. 1 lit. a) zostały dokonane między spółkami państwa członkowskiego spółki przekazującej, w zakresie, w jakim państwa członkowskie mogłyby stosować przepisy umożliwiające spółce przejmującej przejęcie strat spółki przekazującej, które nie zostały jeszcze uwzględnione do celów podatkowych, państwa członkowskie rozszerzają te przepisy, aby objąć przejmowanie takich strat przez stałe zakłady spółki przejmującej, znajdujące się na ich terytorium”.

B. Prawo szwedzkie

6. W prawie szwedzkim dyrektywa w sprawie łączenia spółek została transponowana w rozdziale 37 Inkomstskattelag (1999:1229)⁷.

7. Łączenie zostało określone w § 3 jako przekształcenie, które winno jednocześnie spełniać dwie przesłanki. Po pierwsze, wszystkie pasywa i aktywa oraz pozostałe zobowiązania spółki (spółki przekazującej) muszą zostać przejęte przez inną spółkę (spółkę przejmującą). Po drugie, spółka przekazująca musi zostać rozwiązana bez przechodzenia w stan likwidacji. Przesłanką zastosowania szczególnych przepisów podatkowych zawartych w §§ 16–29 o łączeniu spółek jest, aby łączenie posiadało atrybut tzw. łączenia kwalifikowanego.

4 Wykaz ten jest niewyczerpujący. Wyroki: z dnia 4 lipca 2018 r., NN (C-28/17, EU:C:2018:526); z dnia 12 czerwca 2018 r., Bevola i Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424); z dnia 17 grudnia 2015 r., Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829); z dnia 3 lutego 2015 r., Komisja/Zjednoczone Królestwo (C-172/13, EU:C:2015:50); z dnia 7 listopada 2013 r., K (C-322/11, EU:C:2013:716); z dnia 21 lutego 2013 r., A (C-123/11, EU:C:2013:84); z dnia 15 maja 2008 r., Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278).

5 Wskazuje na to wyraźne zastosowanie orzecznictwa w sprawie Marks & Spencer do sprawy Bevola (wyrok z dnia 12 czerwca 2018 r., Bevola i Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, pkt 63, 64) na zagraniczne straty stałych zakładów. Z drugiej strony pojęcie ostatecznych strat uznawane jest przez dominującą część orzecznictwa Trybunału za zbędne: zob. m.in. opinia rzecznika generalnego P. Mengozziego w sprawie K (C-322/11, EU:C:2013:183, pkt 66 i nast. oraz 87), jak i moja opinia w sprawie Komisja/Zjednoczone Królestwo (C-172/13, EU:C:2014:2321, pkt 41 i nast.) oraz w sprawie A (C-123/11, EU:C:2012:488, pkt 50 i nast.).

6 Dyrektywa Rady z dnia 19 października 2009 r. w sprawie wspólnego systemu opodatkowania mającego zastosowanie w przypadku łączenia, podziałów, podziałów przez wydzielenie, wnoszenia aktywów i wymiany udziałów dotyczących spółek różnych państw członkowskich oraz przeniesienia statutowej siedziby SE lub SCE z jednego państwa członkowskiego do innego państwa członkowskiego (Dz.U. 2009, L 310, s. 34), przez którą została na nowo uchwalona dyrektywa Rady 90/434/EWG z dnia 23 lipca 1990 r. o tym samym tytule (Dz.U. 1990, L 225, s. 1). Dyrektywa ta została zmieniona przez dyrektywę Rady 2013/13/UE z dnia 13 maja 2013 r. dostosowującą niektóre dyrektywy w dziedzinie podatków w związku z przystąpieniem Republiki Chorwacji (Dz.U. 2013, L 141, s. 30) i nie należy jej mylić z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/56/WE z dnia 26 października 2005 r. w sprawie transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych (Dz.U. 2005, L 310, s. 1), która obejmuje aspekty prawa spółek w odniesieniu do określonych fuzji transgranicznych.

7 Ustawa nr 1229 z 1999 r. w sprawie podatku dochodowego od osób prawnych i fizycznych.

8. Aby łączenie mogło być łączeniem kwalifikowanym, zgodnie z § 11 zachodzi konieczność, aby spółka przekazująca podlegała bezpośrednio przed dokonaniem łączenia obowiązkowi podatkowemu w Szwecji w zakresie podatku od przychodu, przynajmniej od części swojej działalności gospodarczej. Ponadto zgodnie z § 12 spółka przejmująca powinna podlegać bezpośrednio po dokonaniu łączenia obowiązkowi podatkowemu w Szwecji w zakresie podatku od przychodu z działalności gospodarczej, z tytułu której został naliczony podatek wobec spółki przekazującej. Przychód ten nie podlega ani pełnemu, ani częściowemu zwolnieniu od podatku w Szwecji na podstawie konwencji o unikaniu podwójnego opodatkowania.

9. Zgodnie z § 17 ust. 1 wskutek łączenia kwalifikowanego spółka przekazująca nie jest uprawniona z przyczyny tegoż łączenia do ujmowania żadnych przychodów ani do odliczania kosztów w odniesieniu do działalności gospodarczej, o której mowa jest w § 11. Co się jednak tyczy tejże działalności gospodarczej, zgodnie z § 18 ust. 1 spółka przejmująca zobowiązana jest do przejęcia sytuacji podatkowej spółki przekazującej. Powyższe oznacza m.in., że spółka przejmująca uprawniona jest do odliczenia deficytów spółki przekazującej za wcześniejsze lata podatkowe w granicach określonych w §§ 21–26.

10. Aby wyrównać przychód wewnątrz grupy transgranicznej poprzez przeniesienie zysków, prawo szwedzkie odwołuje się co do zasady do grupowej ulgi podatkowej. Grupowa ulga podatkowa została uregulowana w rozdziale 35 a Inkomstskattelag (1999:1229). Zgodnie z §§ 2 i 5 szwedzka spółka dominująca może zastosować grupową ulgę podatkową w odniesieniu do straty mającej ostateczny charakter poniesionej przez zagraniczną spółkę zależną mającą siedzibę w państwie EOG, w której posiada ona 100% udziałów, m.in. pod warunkiem że spółka zależna przeszła w stan likwidacji, a sama likwidacja została zakończona. Niemniej jednak zdaniem sądu odsyłającego regulacja ta nie ma zastosowania do łączenia.

III. Postępowanie główne

11. Sprawa dotyczy interpretacji podatkowej wydanej przez Skatterättsnämnd (komisję ds. prawa podatkowego). Interpretacja podatkowa jest oparta na następującym stanie faktycznym:

12. Memira Holding AB (zwana dalej „Memirą”) jest spółką dominującą w grupie, w skład której wchodzi spółki zależne mające siedziby w kilku państwach, w tym w Niemczech. Wyniki finansowe niemieckiej spółki zależnej okazały się ujemne. Tymczasem spółka ta została zlikwidowana. W spółce zależnej pozostało jedynie zadłużenie i określone aktywa płynne. Obecnie grupa rozważa możliwość połączenia niemieckiej spółki zależnej ze szwedzką spółką dominującą w ramach transgranicznego łączenia spółek. Połączenie oznaczałoby rozwiązanie spółki zależnej bez przechodzenia w stan likwidacji. Po dokonaniu łączenia grupa nie będzie posiadała żadnej spółki na terytorium Niemiec. Grupa nie będzie także prowadziła w tym państwie działalności ani przez spółkę dominującą, ani przez żadną inną spółkę w obrębie grupy.

13. Niemiecka spółka zależna skumulowała straty z ostatnich lat w łącznej wysokości około 7,6 mln EUR. Są to straty operacyjne z działalności w Niemczech, które powstały wskutek braku rentowności. Straty mogą zostać odliczone przez spółkę zależną od podatku w Niemczech, natomiast niewykorzystane podatkowo straty mogą zostać przeniesione i skompensowane zyskami osiągniętymi przez spółkę zależną w latach przyszłych, bez ograniczeń w tym zakresie. Natomiast na gruncie prawa niemieckiego brak jest możliwości przeniesienia w drodze łączenia spółek strat na inną spółkę, która podlega obowiązkowi podatkowemu w Niemczech.

14. Skatterättsnämnden (komisja ds. prawa podatkowego) stwierdziła, że spółka po połączeniu się z niemiecką spółką zależną nie spełnia przesłanek przyznania odliczenia w odniesieniu do deficytu na podstawie prawa Unii. W ocenie Trybunału Sprawiedliwości przy badaniu, czy straty mają ostateczny charakter, zachodzi konieczność uwzględnienia, w jaki sposób przepisy państwa będącego siedzibą

spółki zależnej traktują stratę. Skoro na gruncie prawa niemieckiego brak jest możliwości uwzględnienia strat przy okazji łączenia z inną spółką podlegającą obowiązkowi podatkowemu w Niemczech, nie można uznać strat za mające ostateczny charakter w rozumieniu orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości. W konsekwencji nie doszło również do naruszenia prawa Unii.

15. Przeciwno interpretacji podatkowej zarówno Skatteverk (urząd podatkowy), jak i skarżąca Memira wnieśli odwołanie do Högsta förvaltningsdomstol (naczelnego sądu administracyjnego, Szwecja).

IV. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym i postępowanie przed Trybunałem

16. Högsta förvaltningsdomstol (naczelnny sąd administracyjny), który rozpatruje niniejszy spór, przedłożył Trybunałowi następujące pytania:

- „1) Czy – przy badaniu, czy straty w spółce zależnej mającej siedzibę w innym państwie członkowskim mają charakter ostateczny, w znaczeniu określonym między innymi w wyroku w sprawie A, w związku z czym spółka dominująca może odliczyć stratę na podstawie art. 49 TFUE – należy uwzględnić okoliczność, iż na gruncie przepisów państwa, w którym spółka zależna ma siedzibę, istnieją ograniczenia możliwości dokonywania odliczenia strat przez podmioty inne niż podmiot, który sam poniósł stratę?
- 2) W przypadku, jeżeli należy uwzględnić ograniczenie, o którym mowa w pytaniu pierwszym, czy uwzględnienia w przedmiotowej sprawie wymaga kwestia, czy w państwie będącym siedzibą spółki zależnej faktycznie istnieje inny podmiot, który mógłby odliczyć straty, jeżeli byłoby to dozwolone w tymże państwie?”.

17. W przedmiocie powyższych pytań w postępowaniu przed Trybunałem uwagi na piśmie złożyły Memira, Królestwo Szwecji, Republika Federalna Niemiec, Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej, Republika Finlandii, Republika Włosk oraz Komisja Europejska. W rozprawie w dniu 24 października 2018 r. wzięły udział szwedzki urząd podatkowy, Królestwo Szwecji, Republika Federalna Niemiec, Republika Finlandii oraz Komisja Europejska.

V. Ocena prawna

A. W przedmiocie pytań prejudycjalnych

18. Oba pytania prejudycjalne odnoszą się do ostatecznych strat spółki zależnej przejmowanej w wyniku łączenia.

19. Poprzez pierwsze pytanie prejudycjalne sąd odsyłający zmierza zasadniczo do wyjaśnienia, czy dla ustalenia, „czy straty w spółce zależnej mającej siedzibę w innym państwie członkowskim mają charakter ostateczny, w znaczeniu określonym między innymi w wyroku w sprawie A”, ma znaczenie, że w państwie siedziby spółki zależnej ograniczona jest możliwość rozliczenia strat przez podmioty trzecie.

20. Konkretniej, powstaje przy tym pytanie, czy swoboda przedsiębiorczości (art. 49 w związku z art. 54 TFUE) zobowiązuje Szwecję do uwzględnienia narosłych (dokładniej: poniesionych) na przestrzeni lat strat spółki zależnej mającej siedzibę w Niemczech, jeżeli podlega ona łączeniu ze spółką dominującą, a przez to likwidacji. Zgodnie z niemieckim prawem podatkowym straty nie mogą zostać rozliczone w ramach łączenia, a zatem przepadają ze względu na likwidację w Niemczech.

21. W przypadku udzielenia na pierwsze pytanie odpowiedzi twierdzącej sąd odsyłający dąży do ustalenia, czy sytuacja uległaby zmianie, gdyby w konkretnym przypadku nie istniał inny podmiot prawny, który mógłby odliczyć straty. Oznacza to, że nie istniałaby żadna inna spółka grupy w państwie siedziby spółki zależnej. Aspekt ten może zostać rozpatrzony wraz z pytaniem pierwszym.

22. Chociaż oba pytania odnoszą się do wykładni Trybunału Sprawiedliwości – sąd odwołuje się przede wszystkim do sprawy A⁸, która przeniosła wypowiedzi w sprawie Marks & Spencer⁹ na grunt łączenia transgranicznego – zakładają istnienie naruszenia swobody przedsiębiorczości.

23. Ponieważ jednak unijnoprawne przepisy dyrektywy w sprawie łączenia spółek zawierają własne uregulowania dotyczące skutków podatkowych łączenia spółek, w pierwszej kolejności należy zbadać te przepisy jako bardziej szczególne (zob. w tym względzie pkt 25 i nast.). Trybunał bowiem wielokrotnie orzekał, że „wszystkie środki krajowe w ramach dziedziny będącej przedmiotem wyczerpującej harmonizacji na szczeblu Unii Europejskiej powinny być oceniane w świetle przepisów harmonizujących, a nie postanowień prawa pierwotnego”¹⁰.

24. Nawet w wypadku, gdyby dyrektywa w sprawie łączenia spółek stanowiła taką pełną harmonizację, nie mogłoby to zapobiec interpretowaniu jej zgodnie z prawem pierwotnym i ewentualnie badaniu w ramach kwestii wstępnej jej zgodności ze swobodami podstawowymi. Trybunał orzekł bowiem już dawno, że zakaz ograniczeń swobody świadczenia usług odnosi się nie tylko do środków krajowych, lecz również do środków pochodzących od instytucji Unii¹¹. Traktaty jako prawo pierwotne pozostają, jak wskazał na to już Trybunał, „podstawą, ramami i granicą”¹² wszelkich aktów prawnych Unii. W związku z tym, jeżeli z dyrektywy w sprawie łączenia spółek nie wynika kompensowanie strat, należy zbadać kwestię naruszenia swobody przedsiębiorczości (zob. pkt 28 i nast.).

B. Rozliczenie strat w ujęciu dyrektywy w sprawie łączenia spółek

25. Jest bezsporne, że okoliczności faktyczne takie jak w postępowaniu głównym są objęte zakresem stosowania dyrektywy w sprawie łączenia spółek. Dyrektywa ta zgodnie z jej motywami 2 i 3 przyjmuje wspólne uregulowania zmierzające do zniesienia dyskryminacji podatkowej połączeń transgranicznych w stosunku do połączeń wewnątrz krajowych w celu promowania rynku wewnętrznego. Motyw 9 omawianej dyrektywy wyraźnie ujmuje w ramach tego celu uwzględnianie strat w ramach opodatkowania.

26. Stosownie do powyższego art. 6 dyrektywy zawiera uregulowanie odnoszące się do przejęcia nieuwzględnionych jeszcze pod względem podatkowym strat spółki przekazującej przez spółkę przejmującą. Zgodnie z tym przepisem spółka przejmująca może przenieść straty spółki przekazującej z siedzibą w innym państwie członkowskim (Niemczech) na stały zakład położony w tym państwie członkowskim (Niemczech), o ile takie przeniesienie jest możliwe także pomiędzy spółkami tego państwa członkowskiego.

⁸ Wyrok z dnia 21 lutego 2013 r. (C-123/11, EU:C:2013:84).

⁹ Wyrok z dnia 13 grudnia 2005 r. (C-446/03, EU:C:2005:763).

¹⁰ Zobacz ostatnio wyroki: z dnia 8 marca 2017 r., Euro Park Service (C-14/16, EU:C:2017:177, pkt 19); z dnia 12 listopada 2015 r., Visnapuu (C-198/14, EU:C:2015:751, pkt 40); z dnia 11 grudnia 2003 r., Deutscher Apothekerverband (C-322/01, EU:C:2003:664, pkt 64); z dnia 16 grudnia 2008 r., Gysbrechts i Santurel Inter (C-205/07, EU:C:2008:730, pkt 33) – chociaż w konkretnym wypadku zawsze wyrażano sprzeciw wobec braku związania prawem pierwotnym.

¹¹ Wyroki: z dnia 2 września 2015 r., Groupe Steria (C-386/14, EU:C:2015:524, pkt 39); z dnia 18 września 2003 r., Bosal (C-168/01, EU:C:2003:479, pkt 25, 26); z dnia 23 lutego 2006 r., Keller Holding (C-471/04, EU:C:2006:143, pkt 45); z dnia 12 grudnia 2006 r., Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, EU:C:2006:774, pkt 46); z dnia 29 lutego 1984 r., REWE-Zentrale (37/83, EU:C:1984:89, pkt 18); z dnia 26 października 2010 r., Schmelz (C-97/09, EU:C:2010:632, pkt 50).

¹² Wyrok z dnia 5 października 1978 r., Viola (26/78, EU:C:1978:172, pkt 9/14).

27. Artykuł 6 dyrektywy w sprawie łączenia spółek przyjmuje zatem co najwyżej uwzględnienie przeniesienia strat spółki przekazującej w państwie jej siedziby (w niniejszym przypadku – w Niemczech). Uwzględnienie przeniesienia strat w państwie członkowskim spółki przejmującej (w niniejszym przypadku – Szwecji) nie zostało wymienione. Dlatego uzasadnione jest stwierdzenie, że prawo Unii nie nakazuje takiego uwzględnienia strat. Odnosi się to w szczególności do opisanego w motywie 9 dyrektywy problemu (zagranicznych) strat spółki przekazującej, zwłaszcza że problem ten został uregulowany w sposób zupełnie inny w art. 6 dyrektywy w sprawie łączenia spółek. Rozliczanie strat poniesionych w Niemczech dla celów szwedzkiego opodatkowania nie wynika w żadnym razie z dyrektywy w sprawie łączenia spółek.

C. Ograniczenie swobody przedsiębiorczości

28. Z zagwarantowanej w art. 49 oraz 54 TFUE swobody przedsiębiorczości przejmowanej spółki mógłby jednak wynikać nakaz uwzględnienia strat.

29. Swoboda przedsiębiorczości, którą art. 49 TFUE przyznaje obywatelom Unii Europejskiej, obejmuje, zgodnie z art. 54 TFUE, przysługujące spółkom, utworzonym zgodnie z ustawodawstwem państwa członkowskiego i mającym statutową siedzibę, zarząd lub główny zakład na terytorium Unii, prawo wykonywania działalności w innych państwach członkowskich za pośrednictwem spółki zależnej, oddziału lub agencji.

30. Ograniczeniami swobody przedsiębiorczości są, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, wszelkie środki, które uniemożliwiają korzystanie z tej swobody, utrudniają je lub ograniczają jego atrakcyjność¹³.

31. System podatkowy państwa członkowskiego narusza swobodę przedsiębiorczości spółek, jeżeli wynika z niego odmienne traktowanie ze szkodą dla spółek, które korzystają z tej swobody, jeżeli odmienne traktowanie dotyczyło sytuacji obiektywnie porównywalnych oraz jeżeli nie było ono uzasadnione nadrzędnym względem interesu ogólnego lub jeżeli nie było ono proporcjonalne do tego celu¹⁴.

1. Nierówność traktowania

32. Co do występowania nierównego traktowania istnieje w tym przypadku jednak wątpliwość. Szwedzkie prawo pozwala na kompensowanie strat w ramach łączenia, zdaniem sądu odsyłającego, jedynie w przypadku łączenia kwalifikowanego. Zakłada ono, że przychody przejmowanej spółki (które straty mają zostać rozliczone) muszą być opodatkowane w Szwecji.

33. Zatem przepisy szwedzkie nie odnoszą się do sytuacji transgranicznej, lecz jedynie do obowiązku podatkowego w zakresie przychodów. Poprzez łączenie ze spółką zależną z siedzibą w Szwecji, która to spółka osiąga tam jedynie przychody niepodlegające opodatkowaniu, skumulowane straty nie mogłyby zostać przeniesione na spółkę dominującą również w drodze łączenia. W tym względzie należy wskazać, że brzmienie prawa szwedzkiego nie dokonuje rozróżnienia między krajowym a zagranicznym stanem faktycznym. Brak jest bezpośrednio dyskryminującego charakteru przedmiotowej regulacji.

¹³ Wyroki: z dnia 29 listopada 2011 r., *National Grid Indus* (C-371/10, EU:C:2011:785, pkt 36), z dnia 21 maja 2015 r., *Verder LabTec* (C-657/13, EU:C:2015:331, pkt 34); z dnia 16 kwietnia 2015 r., *Komisja/Niemcy* (C-591/13, EU:C:2015:230, pkt 56 i przytoczone tam orzecznictwo).

¹⁴ Zobacz podobnie wyroki: z dnia 4 lipca 2018 r., *NN* (C-28/17, EU:C:2018:526, pkt 18); z dnia 25 lutego 2010 r., *X Holding* (C-337/08, EU:C:2010:89, pkt 20); z dnia 12 grudnia 2006 r. w sprawie *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-446/04, EU:C:2006:774, pkt 167).

34. Zakazane są jednak również wszelkie ukryte formy dyskryminacji, które przez zastosowanie innych kryteriów rozróżnienia faktycznie prowadzą do takiego samego rezultatu¹⁵ (tzw. dyskryminacja ukryta lub pośrednia).

35. W sprawie Hervis Sport Trybunał orzekł, że pośrednia dyskryminacja może mieć miejsce, jeżeli większość przedsiębiorstw, które ze względu na swój duży obrót są poddane silnej progresji podatku, stanowi część grupy spółek powiązaną z innym państwem członkowskim¹⁶. Jak jednak wykazałam już w innej sprawie, sam *przeważający* wpływ zagranicznych przedsiębiorstw może nie wystarczać¹⁷.

36. Potrzebne są bardziej rygorystyczne przesłanki. Dyskryminacja ta powinna obejmować tutaj jedynie takie przypadki, które z czysto formalnego punktu widzenia nie stanowią dyskryminacji, jednak działają tak jak dyskryminacja¹⁸. Przepisy stanowiące ukrytą dyskryminację muszą zatem zgodnie z ich istotą¹⁹ dotyczyć w szczególności zagranicznych przedsiębiorstw.

37. Jeżeli chodzi o nawiązanie do obowiązku opodatkowania przychodów, to odpowiedź powinna być twierdząca. Prawdą jest, że mogą istnieć również zwolnione z podatku (tj. niepodlegające opodatkowaniu) krajowe przychody, w których przypadku nie byłoby możliwe wykorzystanie strat w ramach łączenia. Ponadto mogą również występować przedsiębiorstwa osiągające w kraju przychody, ale mające siedzibę za granicą (w szczególności w przypadku przychodów zakładów stałych), co do których w przypadku fuzji transgranicznej byłoby możliwe pewne rozliczenie strat.

38. Niemniej jednak prawo podatkowe w odniesieniu do przedsiębiorstw w swojej istocie ukształtowane jest przez dualizm przychodów podlegających opodatkowaniu w kraju oraz niepodlegających opodatkowaniu za granicą. Tym samym właściwość przychodów podlegających opodatkowaniu w istocie ma wymiar terytorialny. W tym względzie odniesienie do uwzględnienia strat w ramach łączenia w zakresie obowiązku rozliczenia przychodów spółki przekazującej prowadzi strukturalnie do dyskryminacji łączenia z zagranicznymi spółkami.

39. To nierówne traktowanie ma na celu uczynienie mniej atrakcyjnym wykonywania swobody przedsiębiorczości poprzez założenie spółki zależnej w innym państwie członkowskim, ponieważ w przypadku łączenia nie byłoby możliwe rozliczenie strat przez spółkę dominującą. Niemniej jednak tylko wówczas jest ono sprzeczne z traktatem, gdy dotyczy sytuacji obiektywnie porównywalnych.

15 Zobacz. m.in. wyroki: z dnia 5 grudnia 1989 r., Komisja/Włochy (C-3/88, EU:C:1989:606, pkt 8); z dnia 13 lipca 1993 r., Commerzbank (C-330/91, EU:C:1993:303, pkt 14); z dnia 14 lutego 1995 r., Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, pkt 26); z dnia 8 lipca 1999 r., Baxter i in. (C-254/97, EU:C:1999:368, pkt 10); z dnia 25 stycznia 2007 r., Meindl (C-329/05, EU:C:2007:57, pkt 21); z dnia 18 marca 2010 r., Gielen (C-440/08, EU:C:2010:148, pkt 37); z dnia 1 czerwca 2010 r., Blanco Pérez i Chao Gómez (C-570/07 i C-571/07, EU:C:2010:300, pkt 117, 118); z dnia 5 lutego 2014 r., Hervis Sport- és Divatkereskedelmi (C-385/12, EU:C:2014:47, pkt 30); z dnia 8 czerwca 2017 r., Van der Weegen i in. (C-580/15, EU:C:2017:429, pkt 33); zob. także moja opinia w sprawie Hervis Sport- és Divatkereskedelmi (C-385/12, EU:C:2013:531, pkt 34).

16 Wyrok z dnia 5 lutego 2014 r., Hervis Sport- és Divatkereskedelmi (C-385/12, ECLI:EU:C:2014:47, pkt 39 i nast.).

17 Zobacz w tym względzie: moja opinia w sprawie ANGED (C-233/16, EU:C:2017:852, pkt 34 i nast.); w sprawie Hervis Sport- és Divatkereskedelmi (C-385/12, EU:C:2013:531, pkt 41).

18 Zobacz w tym względzie: moja opinia w sprawie ANGED (C-233/16, EU:C:2017:852, pkt 38); w sprawie Hervis Sport- és Divatkereskedelmi, C-385/12, EU:C:2013:531, pkt 40).

19 Tak też w zakresie swobody przedsiębiorczości wyrok z dnia 1 czerwca 2010 r., Blanco Pérez i Chao Gómez (C-570/07 i C-571/07, EU:C:2010:300, pkt 119).

2. Porównywalność

40. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału porównywalność transgranicznego stanu faktycznego z krajowym stanem faktycznym należy badać z uwzględnieniem celu zamierzonego przez rozpatrywane przepisy krajowe²⁰. Do jakiego (subiektywnego) celu zmierza szwedzki ustawodawca w swoich przepisach podatkowych w ramach łączenia – tego nie można stwierdzić w sposób jednoznaczny na podstawie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

41. Celem wszystkich przepisów podatkowych jest jednak co do zasady osiągnięcie dochodów przez państwo. Zatem całkowicie możliwe jest stwierdzenie, że ograniczenie kompensowania strat, które nie były powiązane z żadnym przychodem podlegającym opodatkowaniu, służy zapewnieniu wpływów podatkowych. Ten związek wprost przewiduje szwedzkie ustawodawstwo, ponieważ uzależnia przeniesienie strat w drodze łączenia od występowania przychodów podlegających opodatkowaniu.

42. Niemcy są zdania, że nie są to sytuacje porównywalne. Można uzasadnić to, odnosząc się do wyroku Trybunału w sprawie Timac Agro Deutschland²¹ i mojej opinii w sprawie Komisja/Zjednoczone Królestwo²².

43. Do chwili obecnej Trybunał wielokrotnie w kwestii porównywalności krajowych i zagranicznych zakładów uwzględniał to, że dane państwo członkowskie posiada kompetencję podatkową wobec zagranicznych stałych zakładów. Wyraźnie bowiem orzekł²³: „W niniejszej sprawie należy stwierdzić, że ponieważ Republika Federalna Niemiec nie ma żadnej kompetencji podatkowej w stosunku do dochodów takiego stałego zakładu, odliczenie strat nie jest dopuszczalne w Niemczech, w związku z czym sytuacja stałego zakładu położonego w Austrii nie jest porównywalna do sytuacji stałego zakładu położonego w Niemczech pod względem środków przewidzianych przez Republiką Federalną Niemiec w celu zapobiegania podwójnemu opodatkowaniu zysków spółki będącej rezydentem lub łągodzenia tego opodatkowania”. Te rozważania mogłyby również obowiązywać spółki pośrednio zależne mające siedziby za granicą i nieodprowadzające podatków w kraju.

44. Jednakże istnieje utrwalone orzecznictwo Trybunału w kwestii transgranicznego rozliczenia strat pomiędzy spółkami dominującą i zależną, których porównywalność została potwierdzona w sposób bezpośredni lub pośredni²⁴.

45. Ponadto Trybunał wyraźnie potwierdził ostatnio w wyroku w sprawie A/S Bevola, w odniesieniu do ostatecznych strat stałego zakładu niebędącego rezydentem podatkowym, porównywalność opodatkowanych krajowych i nieopodatkowanych zagranicznych stałych zakładów²⁵. Tym bardziej musi to zatem dotyczyć opodatkowanych krajowych i nieopodatkowanych zagranicznych kontrolowanych spółek zależnych.

20 Wyroki: z dnia 4 lipca 2018 r., NN (C-28/17, EU:C:2018:526, pkt 31); z dnia 12 czerwca 2018 r., Bevola i Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, pkt 32); z dnia 22 czerwca 2017 r., Bechtel (C-20/16, EU:C:2017:488, pkt 53); z dnia 12 czerwca 2014 r., SCA Group Holding i in. (od C-39/13 do C-41/13, EU:C:2014:1758, pkt 28); z dnia 25 lutego 2010 r., X Holding (C-337/08, EU:C:2010:89, pkt 22).

21 Wyrok z dnia 17 grudnia 2015 r. (C-388/14, EU:C:2015:829, pkt 65), który odnosi się do wyroku z dnia 17 lipca 2014 r., Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087, pkt 24), oraz wyroku z dnia 14 grudnia 2006 r., Denkvit Internationaal i Denkvit France (C-170/05, EU:C:2006:783, pkt 34, 35).

22 C-172/13, EU:C:2014:2321, pkt 26 – jednakże w tamtym konkretnym przypadku potwierdziłam istnienie porównywalności (zob. pkt 29).

23 Wyrok z dnia 17 grudnia 2015 r., Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829, pkt 65), odnoszący się do wyroku z dnia 17 lipca 2014 r., Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087, pkt 24); wyrok z dnia 14 grudnia 2006 r., Denkvit Internationaal i Denkvit France (C-170/05, EU:C:2006:783, pkt 34, 35).

24 Wyroki: z dnia 4 lipca 2018 r., NN (C-28/17, EU:C:2018:526, pkt 35); z dnia 3 lutego 2015 r., Komisja/Zjednoczone Królestwo (C-172/13, EU:C:2015:50, pkt 22 i nast.); z dnia 21 lutego 2013 r., A (C-123/11, EU:C:2013:84, pkt 35); z dnia 13 grudnia 2005 r., Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, pkt 27 i nast.).

25 Wyrok z dnia 12 czerwca 2018 r., Bevola i Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, pkt 38, 39).

46. Kryterium porównywalności jest zatem nieostre. W świetle faktu, że wszystkie stany faktyczne w jakimś aspekcie są porównywalne, jeżeli nie są identyczne²⁶, tak czy inaczej tego punktu badania należy zatem zaniechać²⁷.

47. W związku z tym należy uznać porównywalność. Istniejące różnice – brak jest tu symetrii pomiędzy opodatkowaniem zysków oraz uwzględnieniem strat²⁸ – w przypadku zagranicznej spółki przekazującej i krajowej spółki przekazującej należy uwzględnić dopiero na poziomie badania uzasadnienia. Występuje tu zatem ograniczenie swobody przedsiębiorczości.

3. Uzasadnienie

48. Ograniczenie swobody przedsiębiorczości może jednak być uzasadnione nadrzędnym względem interesu ogólnego. Uzasadnieniem może być w tym przypadku zachowanie zrównoważonego rozdziału kompetencji podatkowych pomiędzy państwami członkowskimi oraz uniknięcie podwójnego uwzględnienia strat (choćby zostały one opodatkowane tylko raz)²⁹. Konieczne jest, aby taki środek zapewniał realizację wspomnianego celu i nie wykroczył poza to, co jest konieczne do jego osiągnięcia³⁰.

a) Pytanie pierwsze: znaczenie braku przeniesienia strat w drodze łączenia według reguł państwa siedziby spółki przekazującej

49. Poprzez pytanie pierwsze sąd odsyłający chciałby się dowiedzieć, czy dla uzasadnienia szwedzkiego ograniczenia odliczenia strat ma znaczenie, że zgodnie z prawem obowiązującym spółkę przekazującą (w niniejszej sprawie prawem niemieckim) nie istnieje możliwość, aby podnosić roszczenia z tytułu strat podczas łączenia z innym podmiotem podlegającym opodatkowaniu w Niemczech.

50. Trybunał³¹ orzekł, że podstawowe swobody co do zasady nie nakazują transgranicznego rozliczenia w ramach grupy. Jedynie w przypadku tak zwanych ostatecznych strat jest to nieproporcjonalne, jeżeli państwo członkowskie spółki dominującej odmawia uwzględnienia strat, chociaż zagraniczna spółka zależna wyczerpała wszystkie możliwości uwzględnienia strat i nie istnieje żadna dodatkowa możliwość, aby te straty można było w jakikolwiek sposób jeszcze uwzględnić. Musi to wykazać podatnik³². Tymczasem likwidacja połączenia nie może sama w sobie prowadzić do wykazania braku jakiegokolwiek możliwości uwzględnienia strat, które wystąpiły w państwie siedziby spółki zależnej³³.

26 Wprawdzie niemieckie przysłowie mówi, że nie można porównywać jabłek z gruszkami, jednakże również jabłka i gruszki mają elementy wspólne (są owocami nasiennymi), a zatem są pod tym względem również porównywalne.

27 Zapropnowałam to Trybunałowi już w opinii w sprawie Nordea Bank (C-48/13, EU:C:2014:153, pkt 21–28).

28 Zobacz w tym względzie w szczególności wyroki: z dnia 6 września 2012 r., Philips Electronics (C-18/11, EU:C:2012:532); z dnia 15 maja 2008 r., Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, pkt 33).

29 Wyrok z dnia 13 grudnia 2005 r., Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, pkt 43 i nast.).

30 Wyroki: z dnia 29 listopada 2011 r., National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, pkt 42); z dnia 12 września 2006 r., Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, pkt 47); z dnia 13 grudnia 2005 r., Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, pkt 35).

31 Wyrok z dnia 13 grudnia 2005 r., Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763).

32 Wyrok z dnia 13 grudnia 2005 r., Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, pkt 55, 56).

33 Wyrok z dnia 21 lutego 2013 r., A (C-123/11, EU:C:2013:84, pkt 51, 52).

1) W przedmiocie uzasadnienia zapobiegania podwójnemu uwzględnianiu strat

51. Należałoby tutaj rozważyć uzasadnienie zapobiegania podwójnemu uwzględnianiu strat. Podwójne uwzględnianie strat nie wydaje się w niniejszym przypadku wykluczone. Zgodnie z informacjami przekazanymi przez sąd odsyłający Memira nadal dysponuje określonymi aktywami płynnymi. Co się tyczy tego uzasadnienia, do sądu krajowego należy ustalenie, czy Memira rzeczywiście dowiodła, że niemiecka spółka zależna faktycznie wyczerpała wszystkie możliwości uwzględnienia strat przewidziane w Niemczech³⁴. Jeżeli nie, wówczas nie można mówić o stratach ostatecznych.

2) W przedmiocie uzasadnienia zachowania zrównoważonego podziału kompetencji podatkowych

52. W odniesieniu do zrównoważonego podziału kompetencji podatkowych pomiędzy państwami członkowskimi należy wskazać, że chodzi tu o uzasadniony cel uznany przez Trybunał³⁵, na podstawie którego może być konieczne, aby w odniesieniu do działalności gospodarczej podatnika mającego miejsce zamieszkania w jednym z tych państw członkowskich zastosować tylko jego prawo podatkowe, zarówno w zakresie zysków, jak i strat³⁶.

53. W przedmiotowej sprawie na podstawie tego uzasadnienia przyjęcie ostatecznych strat podlegających uwzględnieniu odpada jednak z dwóch powodów. Po pierwsze, uwzględnienie strat spółki zależnej ponoszonych przez lata w Niemczech narusza autonomię podatkową państw członkowskich (pod i). Po drugie, w przedmiotowej sprawie nie występuje przesłanka strat możliwych do rozliczenia pod względem prawnym, jednak niemożliwych do rozliczenia pod względem faktycznym (pod ii).

i) Uwzględnienie autonomii podatkowej państw członkowskich

54. Jak orzekł już Trybunał, swobody podstawowe nie mogą mieć na celu zobowiązania państwa członkowskiego siedziby spółki dominującej do przewidzenia uwzględnienia strat na jej rzecz w kwocie, która ma swoje pochodzenie wyłącznie w systemie podatkowym innego państwa członkowskiego, ponieważ w przeciwnym razie wykonanie zwierzchności podatkowej jednego państwa członkowskiego ograniczyłoby autonomię podatkową innego państwa członkowskiego³⁷.

– Wyłączenie przeniesienia strat w ramach łączenia w państwie siedziby spółki zależnej

55. Jak orzekł wyraźnie Trybunał³⁸, „ostateczny charakter – w rozumieniu pkt 55 wyroku Marks & Spencer³⁹ – strat poniesionych przez spółkę zależną niebędącą rezydentem nie może wynikać z okoliczności, iż państwo członkowskie siedziby rzeczonyj spółki zależnej wyłącza jakąkolwiek możliwość przeniesienia strat”⁴⁰. Państwo członkowskie musiałoby wówczas dopasowywać prawo podatkowe do danego przypadku.

³⁴ Zobacz też podobnie wyrok z dnia 21 lutego 2013 r., A (C-123/11, EU:C:2013:84, pkt 54).

³⁵ Wyroki: z dnia 7 listopada 2013 r., K (C-322/11, EU:C:2013:716, pkt 50); z dnia 29 listopada 2011 r., National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, pkt 45); z dnia 6 września 2012 r., Philips Electronics (C-18/11, EU:C:2012:532, pkt 23); z dnia 13 grudnia 2005 r., Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, pkt 45, 46).

³⁶ Wyroki: z dnia 7 listopada 2013 r., K (C-322/11, EU:C:2013:716, pkt 50); z dnia 15 maja 2008 r., Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, pkt 31); z dnia 18 lipca 2007 r., Oy AA (C-231/05, EU:C:2007:439, pkt 54); z dnia 13 grudnia 2005 r., Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, pkt 45).

³⁷ Zobacz też podobnie wyroki: z dnia 21 grudnia 2016 r., Masco Denmark i Damixa (C-593/14, EU:C:2016:984, pkt 41); z dnia 30 czerwca 2011 r., Meilicke i in. (C-262/09, EU:C:2011:438, pkt 33).

³⁸ Wyrok z dnia 3 lutego 2015 r., Komisja/Zjednoczone Królestwo (C-172/13, EU:C:2015:50, pkt 33).

³⁹ Wyrok z dnia 13 grudnia 2005 r. (C-446/03, EU:C:2005:763).

⁴⁰ Zobacz wyrok z dnia 7 listopada 2013 r., K (C-322/11, EU:C:2013:716, pkt 75–79 i przytoczone tam orzecznictwo).

56. Jeżeli zgodnie z orzecznictwem Trybunału⁴¹ ostateczny charakter strat nie może wynikać z okoliczności, że państwo członkowskie, w którym spółka zależna ma swoją siedzibę, wyłącza wszelką możliwość rozliczenia strat, wówczas musi to obowiązywać również w przypadku wyłączenia przeniesienia strat na podmiot trzeci (w niniejszym przypadku w ramach łączenia). Choćby dlatego szwedzka regulacja jest nieproporcjonalna.

– *W przedmiocie ostatecznego charakteru poniesionych strat*

57. W każdym razie Trybunał orzekł już, że podstawowe swobody nie sprzeciwiają się temu, aby transgraniczna strata podlegająca kompensowaniu zawsze na końcu okresu rozliczeniowego była postrzegana jako ostateczna strata⁴². W związku z tym żadna strata podlegająca przeniesieniu nie jest – w każdym razie początkowo⁴³ – ostateczna. Jest to istotne w niniejszej sprawie, ponieważ zachodzi tu konieczność kompensowania strat poniesionych przez lata w Niemczech.

58. Tych skumulowanych (przeniesionych) strat, które w danym roku nie są ostateczne (ponieważ podlegają przeniesieniu lub ich kompensowanie zostało wyłączone na podstawie prawa krajowego), nie można jednak później zaliczyć do ostatecznych strat, ponieważ dalsze przenoszenie strat na podstawie likwidacji jest wykluczone.

59. W przeciwnym razie początkowe skuteczne czynności w Niemczech byłyby opodatkowane tylko w Niemczech, natomiast kolejne czynności przynoszące straty byłyby finansowane przez wpływy podatkowe innych państw. Zaprzeczałoby to zachowaniu odpowiedniego podziału kompetencji podatkowych.

60. Podobnie wypowiedział się Trybunał w wyroku Komisja/Zjednoczone Królestwo, że w odniesieniu do raz ustalonego braku ostatecznego charakteru nic więcej się nie zmienia⁴⁴. W każdym razie wymienione tam wypowiedzi wskazują na to, że w każdym przypadku skompensowana musi jeszcze zostać w jakiś sposób (transgranicznie) strata poniesiona w ostatnim roku likwidacji spółki zależnej, ale nie straty do tej pory należne i przeniesione na podstawie prawa krajowego (tutaj niemieckiego)⁴⁵. Swoboda przedsiębiorczości nie nakazuje w związku z tym transgranicznego kompensowania tych przeniesionych strat.

– *Prawo wyboru przysługujące podatnikowi*

61. Poza tym zasada autonomii prawa podatkowego stoi w sprzeczności z prawem wyboru przysługującym podatnikom. Trybunał stwierdził ponadto wyraźnie⁴⁶, że przyznanie spółkom prawa wyboru w zakresie uwzględniania ich strat w państwie członkowskim położenia ich zakładu lub uwzględnienia ich w innym państwie członkowskim naruszyłoby w znacznym stopniu równowagę podziału kompetencji podatkowych między państwami członkowskimi, jako że podstawa opodatkowania zostałaby podniesiona w pierwszym państwie członkowskim, lecz zmniejszona w drugim o kwotę przeniesionych strat.

41 Wyroki: z dnia 3 lutego 2015 r., Komisja/Zjednoczone Królestwo (C-172/13, EU:C:2015:50, pkt 33); z dnia 17 grudnia 2015 r., Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829, pkt 54).

42 Wyrok z dnia 3 lutego 2015 r., Komisja/Zjednoczone Królestwo (C-172/13, EU:C:2015:50, pkt 31, 36).

43 Republika Federalna Niemiec jest zdania, że tylko strata, która powstała w ostatnim roku na podstawie faktycznie brakującej zdolności do przeniesienia, może być uznawana za tak zwaną ostateczną stratę, podczas gdy przeniesione straty nie utracą już swego charakteru jako nieostateczne straty.

44 Zobacz wyrok z dnia 3 lutego 2015 r. (C-172/13, EU:C:2015:50, pkt 37).

45 Tak w części zrozumiał to TSUE – zob. stanowisko Niemiec w tym postępowaniu oraz np. David Eisendle, *Grenzüberschreitende Verlustverrechnung im Jahre 11 nach Marks & Spencer* [Transgraniczne rozliczenie strat 11 lat po wyroku w sprawie Marks & Spencer], ISR 2016, 37 (42).

46 Wyroki: z dnia 15 maja 2008 r., Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, pkt 32); z dnia 18 lipca 2007 r., Oy AA (C-231/05, EU:C:2007:439, pkt 55); z dnia 13 grudnia 2005 r., Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, pkt 46).

62. Ograniczenie uwzględnienia strat do spółek z przychodami podlegającymi opodatkowaniu w Szwecji w ramach łączenia tłumaczy się w tym kontekście w ten sposób, że w przeciwnym wypadku wewnątrz grupy powstałoby prawo wyboru, jak podkreśla to Komisja. Grupa mogłaby swobodnie wybierać, w jakim państwie członkowskim (państwie siedziby jakiejkolwiek spółki przejmującej należącej do grupy) chciałaby wykorzystać stratę swojej spółki w przypadku niepowodzenia. Ten punkt widzenia należy uwzględnić, zważywszy na przyjęcie i definicję „ostatecznych strat”.

63. Łączenia ze spółkami zależnymi z wysokimi stratami podlegającymi przeniesieniu mogą zostać przeniesione do takich krajów, które – jak w przypadku Szwecji – zezwalają na przeniesienie strat w drodze łączenia, jeżeli łączenie nie jest możliwe z zachowaniem strat w państwie spółki zależnej. Zależnie od okoliczności, w jakim państwie członkowskim grupa posiada odpowiednie zyski i musiałaby płacić najwyższe podatki, tam odpowiednie łączenie byłoby najefektywniejsze. Jest tak tym bardziej, że szwedzkie przepisy o łączeniu nie wymagają, aby obie spółki należały do grupy, jak miało to miejsce w stanie faktycznym będącym podstawą wyroku w sprawie Marks & Spencer⁴⁷.

64. Z tego wyroku wynika poza tym – zgodnie z zasadą terytorialności – pierwszeństwo w rozliczeniu strat w państwie siedziby, w tym przypadku w Niemczech. Nawet jeżeli niemieckie prawo podatkowe nie zezwala na przeniesienie szkody w drodze łączenia, to jednak w przypadku przeniesienia udziałów w celu restrukturyzacji spółki mającej trudności zezwala na otrzymanie strat i w rezultacie rozliczenie straty przez nowego właściciela udziałów⁴⁸. Również dlatego Memira nie może korzystać z uwzględnienia strat w Szwecji.

ii) Rozróżnienie ostateczności faktycznej i prawnej?

65. Prawie wszyscy uczestnicy postępowania dla oceny ostatecznego charakteru strat dokonują rozdziału strat prawnie i faktycznie niemożliwych do wykorzystania (tj. ostatecznych).

66. Straty, które nie są możliwe do rozliczenia dlatego, że w państwie członkowskim ich powstania nie są prawnie uznane lub na podstawie prawnych ograniczeń nie podlegają wykorzystaniu (np. nie są możliwe do przeniesienia), nie powinny stanowić ostatecznych strat w myśl orzecznictwa Trybunału. Jedynie takie straty, które wprawdzie podlegałyby wykorzystaniu, ale faktycznie w przyszłości nie będą mogły zostać wykorzystane, mogłyby zostać zaliczone do ostatecznych strat. Jest to przekonujące, biorąc pod uwagę autonomię regulacji podatkowych (pkt 54 i nast.).

67. Wątpliwe wydaje się mi natomiast, czy w ogóle istnieją straty prawnie możliwe, ale faktycznie niemożliwe do wykorzystania. Chciałabym to uwidocznic na przykładzie. Jedynym przypadkiem, w którym pomimo nieograniczonej możliwości rozliczenia strat pozostała strata, był przypadek całkowicie deficytowego przedsiębiorstwa, które nigdy nie osiągnęło wystarczającego zysku, nawet po tym, jak wszystkie dobra gospodarcze zostały zbyte. W tym przypadku również strata z ostatniego roku, pomimo takiej możliwości, nie mogłaby (faktycznie) zostać rozliczona.

68. Ale również w tym przypadku istnieje nadal możliwość przeniesienia tych strat w rezultacie wraz ze zbyciem przedsiębiorstwa na kupującego⁴⁹, o ile dopuszcza to państwo członkowskie siedziby spółki. Kupujący uwzględni wartość istniejących strat w cenie przedsiębiorstwa, tak że sprzedawca w ten sposób „rozliczy” te straty.

⁴⁷ Wyrok z dnia 13 grudnia 2005 r. (C-446/03, EU:C:2005:763).

⁴⁸ Odpowiedni przepis w § 8c KStG jako tzw. klauzula restrukturyzacyjna dopiero niedawno był przedmiotem postępowania przed Trybunałem (wyrok z dnia 28 czerwca 2018 r., Andres [Upadłość Heitkamp BauHolding]/Komisja (C-203/16 P, EU:C:2018:505).

⁴⁹ Do tego punktu wyraźnie nawiązuje np. TSUE w wyroku z dnia 21 lutego 2013 r., A (C-123/11, EU:C:2013:84, pkt 52 i nast.).

69. Jeżeli obecny porządek prawny umożliwia przeniesienie strat na inną osobę, wówczas wykorzystanie tych strat jest również nadal faktycznie możliwe. Być może nie jest ono w danym przypadku zwieńczone szczególnym sukcesem, ponieważ nabywca deficytowego przedsiębiorstwa niekoniecznie wyda na coś takiego dużo pieniędzy. Nie zmienia to jednak faktycznej możliwości wykorzystania strat.

70. Zatem ostateczny charakter strat również w tym przypadku bazuje albo na porządku prawnym państwa członkowskiego (wyłączenie każdej możliwości przeniesienia straty), albo na decyzji podatnika, aby nie zbywać spółki, lecz zlikwidować ją w drodze łączenia. W obu przypadkach nie jest jasne, dlaczego brakujące uwzględnienie strat w innym państwie członkowskim miałyby być wówczas nieproporcjonalne. Niebezpiecznie Trybunał wymaga, aby wszystkie możliwości uwzględnienia strat zostały wyczerpane. Do tego należy również przeniesienie strat na podmiot trzeci w drodze sprzedaży.

iii) Ostateczne straty w rozumieniu przyjętym w sprawie Bevola?

71. Nie sprzeciwia się temu również niedawny wyrok w sprawie Bevola⁵⁰. Po pierwsze, Trybunał przeniósł tam „jedynie” wyjątek z wyroku w sprawie Marks & Spencer na „ostateczne” straty stałych zakładów i nie zajął się kwestią wyżej omówionych ograniczeń⁵¹. W szczególności nie wypowiedział się tam szerzej co do tego, kiedy można mówić o stratach ostatecznych.

72. Po drugie, w tym nowszym wyroku skupiono się głównie⁵² na argumentacji opartej na zasadzie wydajności. Może to być jeszcze zrozumiałe w układzie stałych zakładów, ponieważ stałe zakłady pod względem prawnym stanowią niesamodzielną część przedsiębiorstwa podatnika. W przypadku spółek zależnych oraz spółek pośrednio zależnych argumentacja ta nie miałaby jednak zastosowania. Są one samodzielnymi osobami prawnymi, które wykazują się własną zdolnością finansową (jeżeli rozumie się przez to zdolność do płacenia podatków na podstawie własnych przychodów)⁵³. Trybunał – słusznie – nie orzekł, że dla właściwego opodatkowania wydajności spółki dominującej jest konieczne uwzględnienie strat spółki zależnej.

73. Rozliczenie w ramach grupy z podatkowego punktu widzenia stanowi raczej przełamanie zasady wydajności, ponieważ sumuje się wydajność kilku podmiotów prawnych. Uwzględnienie dalszych podmiotów prawnych nie może być więc w każdym razie uzasadnione zasadą opodatkowania według wydajności.

74. Przeciwnie, zaprzecza to nawet, co więcej, zasadzie opodatkowania według wydajności, jeżeli państwo członkowskie uwzględnia tylko jedną stronę (tj. tylko przychody lub tylko wydatki). Według mojej wiedzy nie ma ponadto ani ogólnej podatkowej, ani ogólnej unijnoprawnej zasady, że na końcu cyklu życiowego osoby prawnej muszą zostać rozliczone wszystkie straty. W szczególności zasada wydajności nie nakazuje tutaj eksportu strat do innych państw członkowskich.

75. Również na podstawie stanowiska przedstawionego w wyroku w sprawie Bevola nie występują tu możliwe do odliczenia ostateczne straty, które mogły zostać wyeksportowane z Niemiec do Szwecji.

⁵⁰ Wyrok z dnia 12 czerwca 2018 r., Bevola i Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, pkt 61 i nast).

⁵¹ Przeciwnie – Trybunał wyraźnie nakazał sądowi krajowemu ustalenie, czy w ogóle istnieją przesłanki do przyjęcia ostatecznych strat – por. wyrok z dnia 12 czerwca 2018 r., Bevola i Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, pkt 65).

⁵² Wyrok z dnia 12 czerwca 2018 r., Bevola i Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, pkt 39, 59); zobacz również wyrok z dnia 4 lipca 2018 r., NN (C-28/17, EU:C:2018:526, pkt 35).

⁵³ Przyjęcie jednej z prawnie istotnych transgranicznych zdolności świadczenia grup otworzyłoby zapewne tylko nowe perspektywy ukształtowania dużych międzynarodowych grup. Z tego względu dyskusyjny jest zatem wyrok z dnia 4 lipca 2018 r., NN (C-28/17, EU:C:2018:526, pkt 35).

iv) Wniosek częściowy z uwzględnieniem zasady „uczciwego rynku wewnętrznego”

76. Wniosek ten wyprowadzony z orzecznictwa jest przekonujący również w kontekście „sprawiedliwego” rynku wewnętrznego, który w obliczu tak zwanej debaty na temat BEPS⁵⁴ znowu przyciąga uwagę. Możliwość transgranicznego kompensowania ostatecznych strat faworyzowałaby bowiem już w przedstawionym szczególnym układzie przede wszystkim duże działające transgranicznie grupy wobec mniejszych przedsiębiorstw (z reguły niedziałających transgranicznie). Jeżeli np. Memira wie, że ostatecznie wszystkie wymagalne straty z niemieckiego modelu działalności mogą zostać w innym państwie członkowskim skompensowane zyskami innej spółki należącej do grupy, wówczas przy próbie spozycjonowania się na rynku niemieckim Memira może znaleźć się w całkiem innej sytuacji konkurencyjnej niż niemiecki konkurent, który musi wychodzić z założenia, że jego straty przypadną, gdy zaprzestanie on swojej działalności w Niemczech. Dla Memiry „niemieckie straty” byłyby o wiele mniejszym obciążeniem niż dla krajowego konkurenta nieposiadającego odpowiedniej struktury grupowej.

77. Mając powyższe na uwadze i konsekwentnie stosując orzecznictwo Trybunału (zob. w tej kwestii pkt 51 i nast. wraz z powołanym orzecznictwem), można dojść do następującego wniosku: jeżeli rozliczenie straty w państwie siedziby spółki zależnej jest prawnie wyłączone, nie można mówić o ostatecznych stratach. Jeżeli rozliczenie straty przez państwo siedziby spółki jest możliwe, wówczas podatnik musi wyczerpać wszystkie te możliwości. Zalicza się do nich na podstawie wyroku Marks & Spencer⁵⁵ także realizację strat poprzez przeniesienie ich na podmiot trzeci, która w tym przypadku nie następuje. Zatem również dlatego można stwierdzić, że w przypadku Memiry nie występują ostateczne straty.

78. W związku z powyższym wyłączenie przez Szwecję możliwości kompensowania strat spółki zależnej mającej siedzibę za granicą, ale niepodlegającej opodatkowaniu w kraju w ramach łączenia nie jest nieproporcjonalne.

3) Odpowiedź na pytanie pierwsze

79. Zatem na pytanie pierwsze należy odpowiedzieć w następujący sposób: art. 49 w związku z art. 54 TFUE dla transgranicznego kompensowania strat wymaga, aby z prawnego punktu widzenia możliwe było uwzględnienie strat w państwie siedziby spółki zależnej i aby ta możliwość została wykorzystana przez podatnika. Do takiej możliwości uwzględnienia zaliczyć można również realizację strat w drodze łączenia z podmiotem trzecim lub w drodze sprzedaży spółki na rzecz podmiotu trzeciego. Pierwsze jest w Niemczech niemożliwe, drugie – w ograniczonym zakresie jest możliwe, ale nie zostało wykorzystane przez Memirę. Dlatego w każdym razie nie została spełniona przesłanka, która umożliwiłaby przyjęcie istnienia ostatecznej straty.

b) Pytanie drugie: znaczenie konkretnej możliwości łączenia w ramach grupy

80. W swoim drugim pytaniu sąd odsyłający dąży do ustalenia, czy w przypadku, w którym wyłączone jest łączenie zachowujące straty w państwie siedziby, zmienia się ocena ostatecznego charakteru, jeżeli w konkretnym przypadku rzeczywiście „brak innego podmiotu prawnego, który mógłby dokonać odliczenia strat, jeżeli byłoby to dopuszczalne”.

⁵⁴ Pod tym pojęciem należy rozumieć wyrażone w uproszczeniu ukształtowanie podatkowe tak zwanych wielonarodowych grup, które w ramach dotychczasowych systemów podatkowych dysponują (prawnie legalnymi) możliwościami minimalizacji ich podstaw wymiaru świadczenia w państwach o wysokim opodatkowaniu oraz przeniesienia zysków do państwa o niskim opodatkowaniu (Base Erosion and Profit Shifting).

⁵⁵ Wyrok z dnia 13 grudnia 2005 r. (C-446/03, EU:C:2005:763, pkt 55).

81. Pytanie to jest trudne do zrozumienia, ponieważ jest nie do pomyślenia, że w całych Niemczech nie istnieje inny podmiot prawny, który mógłby dokonać odliczenia straty. Prawdopodobnie chodzi więc o to, czy ostateczne straty występują również wtedy, gdy Memira – jak wskazały Włochy w swoich uwagach – realnie posiada jeszcze inną spółkę należącą do grupy w Niemczech, z którą mogłaby się połączyć, czy też dla zaprzeczenia ostateczności wystarczy, że straty abstrakcyjnie przepadłyby podczas łączenia ze spółką należącą do grupy w Niemczech.

82. Odpowiedź wynika już z okoliczności, że nie istnieją straty prawnie możliwe, ale faktycznie niemożliwe do wykorzystania (zob. w tej kwestii pkt 67 i nast. powyżej). Zatem nie ma różnicy, czy Memira w konkretnym przypadku posiada inną spółkę należącą do grupy w Niemczech.

83. Ponadto odpowiedź na pytanie drugie wynika już z orzecznictwa Trybunału. Zgodnie z nim transgraniczne uwzględnienie „zagranicznych” strat jest możliwe tylko wtedy, gdy spółka zależna niebędąca rezydentem podatkowym w państwie swej siedziby wyczerpała przewidziane możliwości uwzględnienia straty przykładowo przez przeniesienie jej na podmiot trzeci i nie istnieje możliwość, aby te straty zostały uwzględnione przez podmiot trzeci (w państwie siedziby)⁵⁶. Trybunał wyraźnie mówi o podmiocie trzecim, a nie o dalszych osobach należących do grupy, jak w rezultacie mniej lub bardziej podkreślają wszystkie zainteresowane państwa członkowskie.

84. Zatem albo przeniesienie na jakikolwiek podmiot trzeci jest możliwe (do tego zaliczyć należy również gospodarcze przeniesienie straty w przypadku sprzedaży spółki nowemu właścicielowi udziałów), tak aby wyłączyć ostateczne straty w rozumieniu przyjętym w wyroku Marks & Spencer, albo państwo członkowskie pod względem prawnym wyłączyło przeniesienie strat (jak w Niemczech np. w odniesieniu do łączenia). Wówczas również nie jest to nieproporcjonalne, jeżeli takie wyłączenie zostanie uwzględnione także w państwie spółki dominującej.

VI. Wnioski

85. W świetle powyższego proponuję, aby udzielić odpowiedzi na pytania prejudycjalne Högsta förvaltningsdomstol (naczelnego sądu administracyjnego. Szwecja) w następujący sposób:

1. Artykuł 49 w związku z art. 54 TFUE dla transgranicznego kompensowania strat wymaga, aby pod względem prawnym możliwe było uwzględnienie strat w państwie siedziby spółki zależnej i aby ta możliwość została wykorzystana przez podatnika. Do takiej możliwości uwzględnienia zalicza się również realizacja straty w drodze łączenia z podmiotem trzecim lub w drodze sprzedaży spółki na rzecz podmiotu trzeciego.
2. Dla rozstrzygnięcia tej sprawy nie jest istotne, czy grupa spółek w konkretnym przypadku posiada jeszcze inne spółki w państwie członkowskim spółki zależnej, na które możliwe byłoby przeniesienie strat.

⁵⁶ Wyroki: z dnia 13 grudnia 2005 r., Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, pkt 55); z dnia 21 lutego 2013 r., A (C-123/11, EU:C:2013:84, pkt 56 *in fine*).