



Zbiór Orzeczeń

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

Sprawa C-608/17

**Skatteverket
przeciwko
Holmen 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 – Uzasadnienie braku możliwości odliczenia tak zwanych ostatecznych strat – Proporcjonalność brakującego transgranicznego kompensowania strat – Pojęcie tak zwanych ostatecznych strat – Wymóg bezpośredniego udziału spółki dominującej dla przyjęcia ostatecznych strat – Uwzględnienie strat na podstawie ograniczenia kompensowania strat w państwie siedziby spółki pośrednio zależnej – Uwzględnienie strat na podstawie brakującego grupowego kompensowania w roku likwidacji w państwie siedziby spółki pośrednio zależnej

I. Wprowadzenie

1. W tym oraz innym postępowaniu² Trybunał zajmuje się implementacją oraz wykładnią jego orzecznictwa przez państwa członkowskie – w tym przypadku przez Królestwo Szwecji. Chodzi o kwestię, czy szwedzka spółka dominująca jest uprawniona na podstawie art. 49 w związku z art. 54 TFUE do odliczenia strat hiszpańskiej spółki, w której niebezpośrednio posiada 100% udziałów (tj. spółki pośrednio zależnej) z zysku uzyskanego przez nią w Szwecji, jeżeli spółka pośrednio zależna została zlikwidowana, a nie wszystkie jej straty mogły zostać rozliczone w Hiszpanii (tj. skompensowane własnymi bądź innymi zyskami hiszpańskiej grupy).

2. Wielka izba Trybunału³ orzekła w 2005 r., że swobody podstawowe nie nakazują co do zasady transgranicznego rozliczania strat w ramach grupy. W ten sposób straty powstałe za granicą mogłyby zostać utracone, nie mogłyby więc zostać rozliczone przez innego członka grupy w kraju. Jedynie w przypadku tak zwanych *ostatecznych strat* na podstawie zasady proporcjonalności przewidziano transgraniczne rozliczenie straty.

1 Język oryginału: niemiecki.

2 Postępowanie zawisłe w sprawie C-607/17, zob. też moja opinia z tego samego dnia.

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

3. Z wyznaczoną przez Trybunał grupą przypadków „ostatecznych strat” wiąże się wiele problemów, które doprowadziły do licznych orzeczeń Trybunału⁴ (w tym dwóch kolejnych wydanych przez wielką izbę). Orzeczenia te nie zdołały jednak jak dotychczas ostatecznie wyjaśnić, jakie przesłanki powinny spełniać ostateczne straty⁵.

4. Trybunał uzyskuje więc ponownie szansę – nie chcąc odchodzić od wyjątku ostatecznych strat⁶ – aby nadać kontury tej grupie przypadków.

II. Ramy prawne

A. Prawo Unii

5. Unijnoprawne ramy niniejszej sprawy kształtuje swoboda przedsiębiorczości spółek zgodnie z art. 49 w związku z art. 54 TFUE.

B. Prawo szwedzkie

6. W prawie szwedzkim istnieje tzw. *transfer* wewnątrzgrupowy w celu rozliczenia wyniku spółki w ramach grupy. Transfer wewnątrzgrupowy jest rozliczany przez spółkę dokonującą transferu i księgowany dla celów podatkowych przez spółkę, na której rzecz jest on wykonany. Poprzez zapłatę transferu wewnątrzgrupowego na rzecz (również niebezpośrednio posiadanej) spółki zależnej, która poniosła straty, spółka dominująca może w ramach swojej działalności „przenieść” te straty na siebie.

7. Przepisy dotyczące transferów wewnątrzgrupowych⁷ nie mają jednak zastosowania w sytuacji, gdy spółka zależna nie podlega opodatkowaniu w Szwecji. Przepisy w zakresie *ulgi* wewnątrzgrupowej wprowadzone na podstawie wytycznych prawa Unii pozwalają jedynie na transgraniczne uwzględnienie straty. Zgodnie z nimi szwedzka spółka dominująca może pod pewnymi warunkami zastosować ulgę grupową do ostatecznej straty odnotowanej przez jej w pełni zależną spółkę zagraniczną⁸. Z przepisu tego wynika, że spółka zależna musi mieć siedzibę w państwie należącym do EOG oraz musi ona między innymi stanowić odpowiednik szwedzkiej spółki akcyjnej.

8. Strata jest ostateczna, jeżeli jej rozliczenie nie było i nie będzie możliwe przez spółkę zależną ani inny podmiot w państwie, w którym znajduje się siedziba spółki zależnej. Konieczne jest również, aby powodem, dla którego strata nie może zostać rozliczona przez spółkę zależną, nie był brak możliwości prawnej w tym zakresie lub ograniczenie takiej możliwości w czasie.

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 Bundesfinanzhof (federalny trybunał finansowy, Niemcy) uważa nawet, że z upływem czasu „płaszczyzna badania uzasadnienia (jako »miejsce« badania proporcjonalności i pojęcia ostatecznych strat) odpadła” – zob. wyrok BFH z dnia 22 lutego 2017 r. (I R 2/15, BStBl. II 2017, 709, pkt 38).

6 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.).

7 Rozdział 35 Inkomstskattelag (1999:1229) – ustawa nr 1229 z 1999 roku w sprawie podatku dochodowego od osób prawnych i fizycznych.

8 Rozdział 35 a Inkomstskattelag (1999:1229).

9. Zgodnie z § 5 stosowanie ulgi grupowej jest zależne między innymi od postawienia spółki zależnej w stan likwidacji oraz zakończenia likwidacji (pkt 1). Jak stwierdzono we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, spółka zależna musi być ponadto zależna w pełni przez wszystkie lata podatkowe spółki dominującej i spółki zależnej do czasu zakończenia jej likwidacji lub musi być zależna w stu procentach od czasu rozpoczęcia działalności do czasu zakończenia jej likwidacji (pkt 2). Dodatkowo nie może istnieć spółka powiązana ze spółką dominującą, która kontynuowałaby działalność w państwie siedziby spółki zależnej po zakończeniu likwidacji (pkt 5).

10. Zgodnie z twierdzeniami sądu odsyłającego podczas prac na projektem ustawy pojawiły się zastrzeżenia co do tego, aby przepisy mogły być stosowane jedynie do spółek zależnych w stu procentach. Przyjęto jednak pogląd, że gdyby uwzględniano również straty w spółkach zależnych posiadanych pośrednio, spółki mogłyby wybierać, w którym państwie należy uwzględnić straty.

III. Postępowanie główne

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

12. Holmen AB (zwany dalej „Holmen”) jest spółką dominującą grupy spółek zależnych funkcjonujących w kilku państwach, w tym Hiszpanii. Hiszpańska część koncernu jest – o ile jest to istotne dla sprawy – podzielona w następujący sposób: Holmen posiada wszystkie udziały spółki zależnej Holmen Suecia Holding S.L. (zwanej dalej „HSH”). Ta posiada wszystkie udziały w obu spółkach pośrednio zależnych: Holmen Paper Madrid S.L. (zwanej dalej „HPM”) oraz Holmen Paper Iberica S.L. (zwanej dalej „HPI”).

13. Od 2003 r. hiszpańskie spółki tworzą grupę podatkową i podlegają opodatkowaniu zgodnie z hiszpańskim systemem konsolidacji podatkowej. Zgodnie z tym systemem zyski i straty podmiotów należących do grupy mogą być wzajemnie kompensowane bez ograniczeń. Jest to możliwe dzięki sporządzaniu przez grupę wspólnego skonsolidowanego zeznania podatkowego dotyczącego dochodów. Nierozliczone straty mogą bez ograniczeń czasowych zostać przeniesione oraz odliczone w kolejnych latach od ewentualnych zysków.

14. Niemniej jednak w Hiszpanii od 2011 r. skompensowania strat z lat ubiegłych można dokonać tylko z częścią zysków wypracowanych w danym roku. Straty, których nie można odliczyć z uwagi na tę zmianę przepisów, są przenoszone na lata kolejne w taki sam sposób jak inne nierozliczone straty. Jeżeli grupa podatkowa zostaje rozwiązana wskutek likwidacji podmiotów należących do grupy, pozostałe straty przypisuje się spółkom, w których powstały. W roku likwidacji mogą one zostać rozliczone tylko przez ten podmiot, w którym straty powstały.

15. Hiszpańska część grupy Holmen poniosła stratę. Największa część strat powstała u spółki pośrednio zależnej HPM. Od 2003 r. spółka ta ponosi straty, które należy przypisać działalności operacyjnej w Hiszpanii, w wysokości około 140 mln EUR. Zyski wygenerowane przez hiszpańską część grupy w okresie objętym wnioskiem (od 2003 r.) nie są istotne. Holmen zamierza teraz zamknąć działalność w Hiszpanii. Proces likwidacji rozpoczął się w 2016 r. sprzedażą zewnętrznemu nabywcy większości aktywów HPM.

16. We wspomnianej interpretacji podatkowej chodzi więc o kwestię, czy po zakończeniu likwidacji Holmen jest uprawniona do odliczenia strat HPM (tj. spółki pośrednio zależnej od Holmen). Dla likwidacji w interpretacji podatkowej rozpatrywane są dwa scenariusze.

17. Zgodnie z pierwszym scenariuszem spółka pośrednio zależna HPI, spółka pośrednio zależna HPM oraz spółka zależna HSH są likwidowane w tym samym roku podatkowym oraz w określonej kolejności. Drugi scenariusz polega na tym, że spółka zależna HSH w drodze odwróconego połączenia zostaje włączona do dotychczasowej spółki pośrednio zależnej, a HPM zostaje następnie zlikwidowana (wówczas jako spółka zależna).

18. Według obu scenariuszy podczas likwidacji grupa nie będzie prowadzić działalności gospodarczej i po podjęciu działań nie będzie utrzymywać spółki w Hiszpanii. Planuje ona również, aby w przyszłości nie prowadzić tam żadnej działalności.

19. Skatterättsnämnd (komisja ds. prawa podatkowego) stwierdziła, że Holmen nie jest uprawniony do zastosowania ulgi grupowej do strat poniesionych przez spółkę pośrednio zależną HPM, jeżeli dojdzie do jej likwidacji według pierwszego scenariusza. W przypadku likwidacji według drugiego scenariusza Holmen byłby natomiast uprawniony do zastosowania ulgi grupowej w odniesieniu do ostatecznych strat HPM – wówczas jako spółki zależnej.

20. Skatterättsnämnd (komisja ds. prawa podatkowego) uzasadniła interpretację podatkową w odniesieniu do pierwszego scenariusza zasadniczo tym, że HSH (jako spółka zależna) nie ma w Hiszpanii *prawnych* możliwości uwzględnienia straty spółki pośrednio zależnej (HPM). Z tego powodu strat nie można uznać za ostateczne w rozumieniu orzecznictwa Trybunału. Odmowy ulgi grupowej wobec strat względem szwedzkiej spółki dominującej Holmen nie można zatem postrzegać jako nieproporcjonalną, a zatem nie stoi ona w sprzeczności z prawem Unii.

21. W odniesieniu do drugiego scenariusza Skatterättsnämnd (komisja ds. prawa podatkowego) uzasadniła swój wniosek w istocie tym, że HPM (wtedy jako spółka bezpośrednio zależna) w ramach wymiaru podatku w Hiszpanii sam posiada prawną możliwość rozliczenia co najmniej części przedmiotowych strat. To, że po rozwiązaniu grupy podatkowej hiszpańskie jednostki, z wyjątkiem HPM, nie mają możliwości rozliczenia strat, prowadzi do tego, że straty są ostateczne. Co najmniej część przedmiotowych strat można w związku z tym uznać za ostateczne w świetle definicji orzecznictwa Trybunału.

22. Zarówno Skatteverk (organ podatkowy), jak również skarżąca Holmen wnieśli skargę na interpretację podatkową do Högsta förvaltningsdomstol (naczelnego sądu administracyjnego, Szwecja).

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

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

- „1) Czy aby spółka dominująca w jednym państwie członkowskim miała – wynikające między innymi ze sprawy Marks & Spencer – wywodzone z art. 49 TFUE prawo do odliczenia ostatecznych strat odnotowanych przez spółkę zależną w innym państwie członkowskim, konieczne jest, by taka spółka zależna należała do spółki dominującej w sposób bezpośredni?
- 2) Czy część straty, która wskutek przepisów obowiązujących w państwie spółki zależnej nie może zostać wzajemnie potrącona z zyskami wypracowanymi tam w danym roku, za to może być przeniesiona w celu ewentualnego odliczenia w kolejnym roku, należy postrzegać jako ostateczną?
- 3) Czy przy dokonywaniu oceny ostatecznego charakteru straty należy uwzględniać fakt, iż zgodnie z przepisami obowiązującymi w państwie spółki zależnej ograniczona jest możliwość odliczenia straty przez podmioty inne niż podmiot odnotowujący stratę?

4) Jeżeli należy uwzględnić ograniczenie, o którym mowa w pytaniu 3, czy należy uwzględnić zakres, w jakim ograniczenie doprowadziło de facto do braku możliwości wzajemnego potrącenia części strat z zysków wypracowanych przez inny podmiot?”.

24. W przedmiocie powyższych pytań w postępowaniu przed Trybunałem uwagi na piśmie złożyli Holmen, Królestwo Szwecji, Republika Federalna Niemiec, Królestwo Niderlandów, Republika Finlandii oraz Komisja Europejska. W rozprawie w dniu 24 października 2018 r. wzięli udział organ podatkowy, Holmen, Królestwo Szwecji, Republika Federalna Niemiec, Republika Finlandii oraz Komisja Europejska.

V. Ocena prawna

A. Swoboda przedsiębiorczości i ostateczne straty spółki pośrednio zależnej

25. Poprzez pierwsze pytanie prejudycjalne – które odnosi się do wykładni wyroku w sprawie Marks & Spencer – sąd odsyłający chciałby w rezultacie wiedzieć, czy swoboda przedsiębiorczości (art. 49 w związku z art. 54 TFUE) zobowiązuje Szwecję do uwzględnienia strat spółki pośrednio zależnej mającej swoją siedzibę w Hiszpanii oraz tam likwidowanej. Pytanie nasuwa się w takim kontekście, że z jednej strony straty mogą być kompensowane tylko w ograniczonym zakresie na podstawie prawa podatkowego Hiszpanii, a ze względu na likwidację zostałyby utracone przez hiszpańską spółkę pośrednio zależną. Z drugiej strony Szwecja mogłaby nigdy nie opodatkować ewentualnych zysków spółki pośrednio zależnej.

26. Chodzi zatem o kwestię, czy w przedmiotowej sprawie mogą zostać przyjęte przez Holmen ostateczne straty spółki pośrednio zależnej. Również pytania 2–4 odnoszą się do ostatecznego charakteru tych strat, tak więc można odpowiedzieć w znacznym stopniu razem na wszystkie pytania.

27. Należy najpierw sprawdzić, czy brak uwzględnienia strat spółek pośrednio zależnych mających swoje siedziby za granicą stanowi ograniczenie swobody przedsiębiorczości.

28. 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.

29. Ograniczeniami swobody przedsiębiorczości są, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, wszelkie środki, które uniemożliwiają korzystanie z tej swobody, utrudniają je lub ograniczają jego atrakcyjność⁹.

30. System podatkowy państwa członkowskiego narusza swobodę przedsiębiorczości spółek, jeżeli wynika z niego odmienne traktowanie ze szkodą dla spółek, które wykonują tę swobodę, jeżeli odmienne traktowanie dotyczy sytuacji obiektywnie porównywalnych oraz jeżeli nie jest ono uzasadnione nadrzędnym względem interesu ogólnego lub jeżeli nie jest ono proporcjonalne do tego celu¹⁰.

⁹ 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).

¹⁰ 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., Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, EU:C:2006:774, pkt 167).

B. Porównywalność oraz odmienne traktowanie spółek pośrednio zależnych będących rezydentami i niebędących rezydentami

31. Szwedzkie prawo zezwala na pełne kompensowanie strat pomiędzy spółkami wchodzącymi w skład grupy, które zostały opodatkowane w Szwecji, w drodze transferów wewnątrzgrupowych. Jeżeli chodzi o spółki należące do grupy, mające siedzibę za granicą, których dochody nie są opodatkowane w Szwecji, kompensowanie strat zależy od tego, czy spółka zależna należy bezpośrednio do szwedzkiej spółki dominującej. Wyłącza to z rozliczenia strat spółki pośrednio zależne mające siedzibę za granicą (oraz nieopodatkowane w Szwecji). Istnieje więc tu odmienne traktowanie.

32. Owo odmienne traktowanie może uczynić mniej atrakcyjnym wykonywanie swobody przedsiębiorczości poprzez tworzenie spółek zależnych w innych państwach członkowskich. Niemniej jednak jest ono sprzeczne z traktatem tylko wtedy, gdy dotyczy sytuacji obiektywnie porównywalnych.

33. Należy przypomnieć, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału porównywalność sytuacji transgranicznej z sytuacją wewnętrzną należy oceniać z uwzględnieniem celu zamierzonego przez rozpatrywane przepisy krajowe¹¹. Wyłączenie zagranicznych spółek pośrednio zależnych opiera się zdaniem sądu odsyłającego na przeświadczeniu, że w przeciwnym razie powstałoby prawo wyboru kierownictwa grupy co do tego, aby ustalić, gdzie powinny być rozliczone straty spółki pośrednio zależnej. Należy wziąć tu pod uwagę np. państwo członkowskie spółki zależnej lub państwo spółki dominującej.

34. Niemcy są zdania, że nie są to sytuacje porównywalne. Można uzasadnić to, odnosząc się do wyroku Trybunału w sprawie Timac Agro Deutschland¹² i mojej opinii w sprawie Komisja/Zjednoczone Królestwo¹³.

35. Do chwili obecnej Trybunał wielokrotnie w kwestii porównywalności krajowych i zagranicznych zakładów uwzględniał to, że dane państwo członkowskie posiada władztwo podatkowe wobec zagranicznych stałych zakładów. Wyraźnie bowiem orzekł¹⁴: „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 Republikę Federalną Niemiec w celu zapobiegania podwójnemu opodatkowaniu zysków spółki będącej rezydentem lub łagodzenia tego opodatkowania”. Te rozważania mogłyby również obowiązywać spółki pośrednio zależne mające siedziby za granicą i nieodprowadzające podatków w kraju.

36. Jednakże istnieje utrwalone orzecznictwo Trybunału w kwestii transgranicznego rozliczenia strat pomiędzy spółkami dominującą i zależną, których porównywalność została potwierdzona w sposób bezpośredni lub pośredni¹⁵.

11 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).

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

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

14 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).

15 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.).

37. Ponadto Trybunał wyraźnie potwierdził ostatnio w wyroku w sprawie Bevola, w odniesieniu do ostatecznych strat stałego zakładu niebędącego rezydentem podatkowym, porównywalność opodatkowanych krajowych i nieopodatkowanych zagranicznych stałych zakładów¹⁶. Tym bardziej musi to zatem dotyczyć opodatkowanych krajowych i nieopodatkowanych zagranicznych kontrolowanych spółek pośrednio zależnych.

38. Kryterium porównywalności jest zatem nieostre. W świetle faktu, że wszystkie stany faktyczne w jakimś aspekcie są porównywalne, jeżeli nie są identyczne¹⁷, tak czy inaczej tego punktu badania należy zatem zaniechać¹⁸.

39. W związku z tym należy uznać porównywalność. Istniejące różnice – brak jest tu symetrii pomiędzy opodatkowaniem zysków oraz uwzględnieniem strat¹⁹ – w przypadku zagranicznej spółki pośrednio zależnej w przeciwieństwie do krajowej spółki pośrednio zależnej należy uwzględnić dopiero na poziomie badania uzasadnienia. Występuje tu zatem ograniczenie swobody przedsiębiorczości.

C. Uzasadnienie

40. 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)²⁰. Ponadto konieczne jest, aby taki środek zapewniał realizację wspomnianego celu i nie wykraczał poza to, co jest konieczne do jego osiągnięcia²¹.

41. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału w kwestii „ostatecznych” strat należy uznać za nieproporcjonalną sytuację, w której państwo członkowskie odmawia spółce dominującej uwzględnienia „ostatecznych” strat, chociaż zagraniczna spółka zależna wyczerpała wszystkie możliwości uwzględnienia straty i nie istnieje żadna dodatkowa możliwość, aby te straty można było w jakikolwiek sposób jeszcze uwzględnić. Musi to wykazać podatnik²². Tymczasem likwidacja po łączeniu nie może sama w sobie prowadzić do wykazania braku jakiegokolwiek możliwości uwzględnienia strat, które wystąpiły w państwie siedziby spółki zależnej²³.

1. W przedmiocie uzasadnienia zapobiegania podwójnemu uwzględnieniu strat

42. Podwójne uwzględnienie strat wydaje się w niniejszym przypadku wykluczone. Holmen, jak zostało to wykazane w interpretacji podatkowej, całkowicie zaprzestał działalności gospodarczej i nie posiada żadnych innych aktywów nadających się do wykorzystania. Pozostały jedynie straty pochodzące z poprzednich lat obrachunkowych, a spółka powinna zostać zlikwidowana. Ponieważ zarówno spółka

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

17 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.

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

19 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).

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

21 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).

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

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

zależna, jak i spółka pośrednio zależna mają siedziby w tym samym państwie członkowskim, a uwzględnienie strat w spółce zależnej jest wyłączone według prawa hiszpańskiego, nie istnieje również ryzyko, że straty spółki pośrednio zależnej zostaną rozliczone podwójnie w spółce dominującej oraz w spółce zależnej.

43. Jeżeli jednak nie istnieje ryzyko podwójnego uwzględnienia straty, to uzasadnienie nie powinno mieć zastosowania.

2. W przedmiocie uzasadnienia zachowania zrównoważonego podziału kompetencji podatkowych

44. W odniesieniu do zrównoważonego podziału kompetencji podatkowych pomiędzy państwami członkowskimi należy wskazać, że chodzi tu o uzasadniony cel uznany przez Trybunał²⁴, 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 strat²⁵.

45. W przedmiotowej sprawie na podstawie tego uzasadnienia przyjęcie ostatecznych strat podlegających uwzględnieniu odpada jednak z trzech powodów. Po pierwsze, uwzględnienie strat spółki pośrednio zależnej ponoszonych przez lata w Hiszpanii narusza autonomię podatkową państw członkowskich (zob. pkt 46 i nast.). Po drugie, w przedmiotowej sprawie nie występuje przesłanka strat możliwych do rozliczenia pod względem prawnym, jednak niemożliwych do rozliczenia pod względem faktycznym (zob. pkt 57 i nast.). Po trzecie, ostateczne straty w stosunku do spółki dominującej w ramach pośredniego uczestnictwa (tj. w spółce pośrednio zależnej) są zasadniczo wyłączone (zob. pkt 73 i nast.).

a) Uwzględnienie autonomii podatkowej państw członkowskich

46. 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 władztwa podatkowego jednego państwa członkowskiego ograniczyłoby autonomię podatkową innego państwa członkowskiego²⁶.

47. Jak orzekł wyraźnie Trybunał²⁷, „ostateczny charakter – w rozumieniu pkt 55 wyroku Marks & Spencer^[28] – strat poniesionych przez spółkę zależną niebędącą rezydentem nie może wynikać z okoliczności, iż państwo członkowskie siedziby rzeczonyj spółki zależnej wyłącza jakąkolwiek możliwość przeniesienia strat²⁹. Państwo członkowskie musiałoby wówczas dopasowywać prawo podatkowe do danego przypadku.

24 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).

25 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).

26 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).

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

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

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

48. Jeżeli zgodnie z orzecznictwem Trybunału³⁰ 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. To samo dotyczy zakończenia przeniesienia straty. W obu przypadkach jednakowo zostanie wstrzymane przyszłe rozliczenie strat – raz przez samego podatnika, raz przez podmiot trzeci. Sytuacje te należy więc traktować tak samo.

49. Jak już wyżej wspomniano w pkt 41 i nast., zgodnie z orzecznictwem Trybunału przed potwierdzeniem istnienia tzw. ostatecznych strat należy również sprawdzić, czy nie mogły one przedtem zostać uwzględnione poprzez przeniesienie na podmiot trzeci. Poprzez to należy rozumieć tylko obcego nabywcę lub inne spółki należące do grupy. Jeżeli jest to jednak niemożliwe, ponieważ hiszpańskie prawo podatkowe to wyłącza – w tym przypadku na podstawie likwidacji, która prowadzi do zakończenia hiszpańskiej konsolidacji grupy, wówczas *prawne* zakończenie kompensowania strat nie prowadzi do tego, że obecnie istnieją ostateczne straty.

50. 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 strata³¹. W związku z tym żadna strata podlegająca przeniesieniu nie jest – w każdym razie początkowo³² – ostateczna.

51. 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.

52. W przeciwnym razie początkowe skuteczne czynności w Niemczech byłyby opodatkowane tylko w Niemczech, natomiast kolejne czynności przynoszące straty byłyby finansowane przez wpływy podatkowe państw, w których mają siedzibę spółki dominujące grupy. Zaprzeczałoby to zachowaniu odpowiedniego podziału kompetencji podatkowych.

53. Szczególnie znaczące jest to ze względu na istotne tu przepisy hiszpańskie, które poniesione straty od 2011 r. uwzględniają tylko w ograniczonym zakresie, nawet gdyby w tym roku istniały wystarczające zyski, które Hiszpania również opodatkowała. To, że owe straty jeszcze istnieją, wynika przede wszystkim z prawnego ograniczenia kompensowania strat przez Hiszpanię w 2011 r. Szwedzka regulacja podatkowa nie musi być do tego dopasowana (zasada autonomii).

54. Również później właściwość nieostatecznych strat nie zmienia się podczas przeniesienia na podmiot trzeci (tutaj spółkę dominującą grupy w Hiszpanii) tylko z tego względu, że państwo członkowskie zakończyło przenoszenie strat. Zasada autonomii sprzeciwia się natomiast temu, aby w jednym okresie podatkowym nieostateczne straty w późniejszym okresie podatkowym ponownie zostały zaliczone do ostatecznych strat na podstawie szczególnych przepisów prawa krajowego w innym państwie członkowskim.

30 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).

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

32 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.

55. Podobnie wypowiedział się Trybunał w wyroku Komisja/Zjednoczone Królestwo, że w odniesieniu do raz ustalonego braku ostatecznego charakteru nic więcej się nie zmienia³³. 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 hiszpańskiego)³⁴.

56. Ponieważ istnienie przedmiotowych strat wynika jedynie z hiszpańskiego prawa, nie są ostateczne straty spółki pośrednio zależnej.

b) Rozróżnienie ostateczności faktycznej i prawnej?

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

58. 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 być wykorzystane, mogłyby zostać zaliczone do ostatecznych strat. Jest to przekonujące, biorąc pod uwagę autonomię regulacji podatkowych (pkt 46 i nast.).

59. 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.

60. Ale również w tym przypadku istnieje nadal możliwość przeniesienia tych strat w rezultacie wraz ze zbyciem przedsiębiorstwa na kupującego³⁵, 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.

61. 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.

62. 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.

63. Holmen potwierdził na rozprawie, że rozważano tego typu rozwiązania, jednakże zdecydowano się wtedy na likwidację. Można więc przyjąć wniosek, że spółka Holmen nie posiadała ostatecznych strat.

³³ Zobacz wyrok z dnia 3 lutego 2015 r. (C-172/13, EU:C:2015:50, pkt 37).

³⁴ 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).

³⁵ 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.).

D. Ostateczne straty w rozumieniu przyjętym w sprawie Bevola?

64. Nie sprzeciwia się temu również niedawny wyrok w sprawie Bevola³⁶. 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 ograniczeń³⁷. W szczególności nie wypowiedział się tam szerzej co do tego, kiedy można mówić o ostatecznych stratach.

65. Po drugie, w tym nowszym wyroku skupiono się głównie³⁸ 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)³⁹. Trybunał – słusznie – nie orzekł, że dla właściwego opodatkowania wydajności spółki dominującej jest konieczne uwzględnienie strat spółki zależnej.

66. 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.

67. 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.

68. Również na podstawie stanowiska przedstawionego w wyroku w sprawie Bevola nie występują tu możliwe do odliczenia ostateczne straty, które przez mogą zostać wyeksportowane z Hiszpanii do Szwecji.

E. Wniosek częściowy z uwzględnieniem zasady „uczciwego rynku wewnętrznego”

69. Wniosek ten wyprowadzony z orzecznictwa jest przekonujący również w kontekście „sprawiedliwego” rynku wewnętrznego, który w obliczu tak zwanej debaty na temat BEPS⁴⁰ 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. Holmen wie, że ostatecznie wszystkie wymagalne straty z hiszpańskiego modelu działalności mogą zostać skompensowane zyskami w Szwecji, wówczas przy próbie spozycjonowania na rynku

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

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

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

39 Przyjęcie jednej z prawnie istotnych transgranicznych zdolności świadczenia grup otworzyłyby 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).

40 Pod tym pojęciem należy rozumieć wyrażone w uproszczeniu ukształtowanie podatkowe tak zwanych wielonarodowych grup, które w ramach dotychczasowych systemów podatkowych dysponują (prawie 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).

hiszpańskim Holmen może znaleźć się w całkiem innej sytuacji konkurencyjnej niż hiszpański konkurent, który musi wychodzić z założenia, że jego straty przypadną, gdy zaprzestanie on swojej działalności w Hiszpanii. Dla Holmena „hiszpańskie straty” byłyby o wiele mniejszym obciążeniem niż dla krajowego konkurenta nieposiadającego odpowiedniej struktury grupowej.

70. Mając powyższe na uwadze i konsekwentnie stosując orzecznictwo Trybunału (zob. w tej kwestii pkt 41 i nast. wraz z powołanym orzecznictwem), można dojść do następującego wniosku: jeżeli rozliczenie straty w państwie siedziby spółki pośrednio 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 w sprawie Marks & Spencer⁴¹ także realizację strat poprzez przeniesienie ich na podmiot trzeci, która w tym przypadku nie następuje.

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

F. Odpowiedzi na poszczególne pytania

72. Przechodzę więc do konkretnej odpowiedzi na poszczególne pytania.

1. W przedmiocie pytania pierwszego: wymóg bezpośredniego udziału

73. Sąd odsyłający poprzez swoje pierwsze pytanie prejudycjalne chciałby w rezultacie dowiedzieć się, czy straty spółki pośrednio zależnej mającej siedzibę w Hiszpanii oraz tam likwidowanej należy traktować jako ostateczne straty. Odpowiedź jest przecząca.

74. Wyjątek, o którym mowa w sprawie Marks & Spencer, nie dokonuje co prawda rozróżnienia spółki zależnej i pośrednio zależnej w odniesieniu do strat ostatecznych. Na pierwszy rzut oka zezwala on zarówno spółce dominującej, jak również, stojącej pomiędzy, spółce zależnej na kompensowanie ostatecznych strat spółki pośrednio zależnej.

75. Wprawdzie układ leżący u podstaw wyroku w sprawie Marks & Spencer stanowił pośredni łańcuch udziałowy, na który słusznie wskazują Holmen oraz Komisja. Spółka pośrednio zależna, spółka dominująca (holding) oraz spółka pośrednio dominująca (spółka nadrzędna) miały siedziby nawet w trzech różnych państwach członkowskich. Wynika to jednak tylko z wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym oraz opinii rzecznika generalnego⁴². Nie znalazło się to w wyroku w opisie stanu faktycznego ani Trybunał nie odniósł się do tego w swoim wyroku.

76. Wynika z tego, że Trybunał milcząco uznał, iż spółka nadrzędna musi móc uwzględnić również (ostateczne) straty spółki pośrednio zależnej, jednak wydaje mi się to, w przeciwieństwie do stanowiska Komisji oraz w zgodzie ze stanowiskiem Niderlandów i Szwecji, zbyt daleko idące. Trybunał nie musiał się tam bliżej zajmować tą kwestią, ponieważ nie był o to pytany.

77. Jednak przede wszystkim taki sposób postrzegania prawa wyboru wewnątrz grupy miałby skutek, który mógłby zdecydować, w którym państwie członkowskim która spółka zależna lub dominująca powinna rozliczyć „ostateczne” straty spółki pośrednio zależnej.

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

42 Opinia rzecznika generalnego M. Poiraresa Madura w sprawie Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:201, pkt 8).

78. W szczególności, gdyby wszystkie trzy spółki miały siedziby w różnych państwach członkowskich i gdyby istniały odpowiednie zyski podlegające skompensowaniu, to prawo wyboru byłoby znaczące w odniesieniu do optymalizacji wskaźnika opodatkowania grupy. Według słusznego poglądu państw członkowskich biorących udział w niniejszym postępowaniu takie prawo wyboru nie może jednak istnieć. Zakwestionowana zostałaby również gwarancja zrównoważonego podziału kompetencji podatkowych pomiędzy państwami członkowskimi. Do tego dochodzi ryzyko, że straty mogłyby zostać rozliczone w kilku państwach członkowskich.

79. Ponieważ co do zasady możliwe jest jeszcze skompensowanie strat w spółce bezpośrednio dominującej w innym państwie członkowskim, wynika z tego raczej zasadnicze pierwszeństwo kompensowania strat ze spółką bezpośrednio dominującą przed kompensowaniem strat ze spółką pośrednio dominującą (w tym przypadku ze spółką nadrzędną w Szwecji). To pierwszeństwo zapobiega również wystąpieniu wyżej wymienionych ryzyk związanych z prawem wyboru podatnika, tak samo jak możliwości podwójnego uwzględnienia strat w ramach trzech państw.

80. Pierwszeństwo to obowiązuje również wówczas, gdy – jak w niniejszym przypadku – spółka pośrednio zależna oraz spółka zależna mają siedziby w tym samym państwie członkowskim. Wprawdzie nie ma tu ryzyka optymalizacji wskaźnika opodatkowania grupy poprzez wybór państwa członkowskiego, w którym nastąpi skompensowanie strat, jak słusznie podniósł Holmen. Wyłączone jest też zwiększone ryzyko wielokrotnego uwzględnienia strat. Decydującym pytaniem nie jest tu jednak również to, czy spółka zależna lub spółka pośrednio zależna mają siedzibę w tym samym kraju, lecz to, czy ostateczne straty w stosunku do spółki dominującej istnieją w innym państwie członkowskim u spółki pośrednio zależnej. Jak zostało to wyżej stwierdzone, należy jednak udzielić na to pytanie odpowiedzi przeczącej.

81. Zatem na pytanie pierwsze należałoby odpowiedzieć, że straty spółki posiadanej pośrednio (tj. spółki pośrednio zależnej) nie stanowią co do zasady ostatecznych strat w stosunku do „spółki nadrzędnej” (tj. do spółki dominującej wobec spółki zależnej).

2. W przedmiocie pytania drugiego: hiszpańskie ograniczenie skompensowania strat

82. W pytaniu drugim sąd odsyłający pragnie ustalić, czy stratę również należy postrzegać jako ostateczną, jeżeli na podstawie ograniczenia w kompensowaniu strat musiała zostać już przedstawiona do rozliczenia.

83. Na to pytanie należy odpowiedzieć stosownie do powyższych rozważań, iż „jedynie” straty przedstawionej do rozliczenia nie należy traktować jako ostateczną stratę, nawet jeśli na podstawie ograniczenia rozliczania strat w państwie spółki zależnej nie zna jej było skompensować z wcześniejszym zyskiem.

84. Istnienie tej straty zależy wyłącznie od ukształtowania hiszpańskiego prawa podatkowego i nie może zmuszać Szwecji do odliczenia tej straty od podatku.

3. W przedmiocie pytań trzeciego i czwartego

85. Poprzez swoje pytanie trzecie oraz czwarte sąd odsyłający chciałby ustalić, czy dla oceny ostatecznego charakteru strat należy uwzględnić okoliczność, że możliwości odliczenia innego współnika jako takiego, u którego powstała strata, na podstawie przepisów w państwie siedziby spółki zależnej są ograniczone, a jeżeli tak, to czy należy uwzględnić, w jakim zakresie ograniczenia te rzeczywiście doprowadziły do tego, że część strat nie mogła zostać rozliczona.

86. W odniesieniu do obu tych pytań na podstawie powyższych rozważań należy odpowiedzieć, że przy rozważaniu, czy występują ostateczne straty spółki pośrednio zależnej, decydujące są jedynie ograniczenia, jakie występują u spółki pośrednio zależnej. Jeżeli dla spółki pośrednio zależnej istnieje możliwość przeniesienia strat na podmiot trzeci (np. spółkę zależną), wówczas odpadają ostateczne straty spółki pośrednio zależnej. Zatem nie ma znaczenia, czy podmioty trzecie w konkretnym przypadku mogły wykorzystać stratę również efektywnie. Jest to w każdym razie istotne dla pytania, czy istnieją straty ostateczne u podmiotów trzecich w stosunku do ich spółki dominującej.

VI. Wnioski

87. 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 w spółce dominującej wymaga, aby ponosząca straty spółka zależna podlegała jej bezpośrednio.
2. „Jedynie” przeniesionej straty nie należy traktować jako tak zwanej ostatecznej straty, nawet jeśli ze względu na ograniczenia w rozliczeniu strat nie można jej było skompensować z wcześniejszymi zyskami w państwie spółki zależnej.
3. Do celów uznania ostatecznego charakteru strat spółki pośrednio zależnej należy uwzględnić również możliwość przeniesienia i skompensowania strat na osobę trzecią, a przez to również na jej spółkę dominującą (ewentualne dalsze spółki należące do grupy) w tym państwie członkowskim. Kwestia, czy możliwości ich odliczenia są ograniczone, jest decydująca wyłącznie w odniesieniu do „ostatecznych” strat.