



Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNE PRAVOBRANILKE
JULIANE KOKOTT,
predstavljeni 23. oktobra 2014¹

Zadeva C-172/13

**Evropska komisija
proti
Združenemu kraljestvu Velika Britanija in Severna Irska
ob intervenciji
Zvezne republike Nemčije
Kraljevine Španije
Kraljevine Nizozemske in
Republike Finske**

„Davčna zakonodaja — Svoboda ustanavljanja — Člen 49 PDEU in člen 31 Sporazuma EGS — Nacionalni davek od dohodkov pravnih oseb — Obdavčitev skupin — Izravnava izgub v skupini (group relief) — Izravnava izgub z družbami skupine, ki niso rezidentke — ‚Izjema Marks & Spencer‘ — Trenutek ugotavljanja nemožnosti drugačnega upoštevanja izgub v prihodnosti“

I – Uvod

1. V tem postopku zaradi neizpolnitve obveznosti je treba spet opraviti razlago sodbe Marks & Spencer.² V tej sodbi je Sodišče na primeru britanskega prava oblikovalo tako imenovano izjemo Marks & Spencer, to je, določilo je pogoje, pod katerimi mora biti na podlagi prava držav članic o davku od dohodkov pravnih oseb izravnava izgub v skupini omogočena tudi čezmejno.

2. Na žalost so ti pogoji vse prej kot jasni. To je razvidno ne le iz zadev, v katerih je Sodišče obravnavalo njihovo uporabo v posamičnih primerih.³ Tudi generalna pravobranilca Geelhoed in Mengozzi sta poudarila, da sta po njunem mnenju področje uporabe in smisel izjeme Marks & Spencer nejasna.⁴ S tem stališčem se ne strinjam le jaz,⁵ ampak tudi številni pravni strokovnjaki, ki zastopajo zelo različne razlage izjeme Marks & Spencer.⁶

1 — Jezik izvirnika: nemščina.

2 — Sodba Sodišča Marks & Spencer (C-446/03, ZOdl., str. I-10837, EU:C:2005:763).

3 — Glej zlasti sodbe Sodišča Lidl Belgium (C-414/06, ZOdl., str. I-03601, EU:C:2008:278), A (C-123/11, EU:C:2013:84) in K (C-322/11, EU:C:2013:716); glej tudi še nerešeno zadevo Timac Agro Deutschland (C-388/14).

4 — Glej zlasti sklepne predloge generalnega pravobranilca L. A. Geelhoeda, predstavljene 23. februarja 2006, v zadevi Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (sodba C-374/04, ZOdl., str. I-11673, EU:C:2006:773; EU:C:2006:139, točka 65) in sklepne predloge generalnega pravobranilca P. Mengozzija, predstavljene 21. marca 2013, v zgoraj v opombi 2 navedeni zadevi K (EU:C:2013:183, točki 87 in 88).

5 — Glej moje sklepne predloge, predstavljene 19. julija 2012, v zadevi A (zgoraj v opombi 3 navedena sodba A, EU:C:2012:488, točke od 47 do 60).

6 — Sodišče je do zdaj registriralo 142 znanstvenih publikacij, ki neposredno obravnavajo navedene sodbe, glej bazo sodne prakse na curia.europa.eu.

3. Zato ni čudno, da si tudi Evropska komisija in Združeno kraljestvo Velika Britanija in Severna Irska nista edini glede tega, kako je treba ustrezno prenesti sodbo Marks & Spencer, čeprav je od te odločbe Sodišča minilo že skoraj devet let.

II – Pravni okvir

4. V Združenem kraljestvu se pobira davek od dohodkov pravnih oseb. Znotraj skupin v Evropskem gospodarskem prostoru se izguba, ki eni družbi skupine nastane v nekem davčnem obdobju, lahko prenese na drugo družbo skupine, ki lahko tujo izgubo vračuna v svoje dohodke (tako imenovani *group relief*; v nadaljevanju: olajšava za skupino).

5. Če izguba nastane družbi skupine s sedežem v drugi državi članici Unije ali v državi pogodbenici Efte, ki je vključena v Evropski gospodarski prostor, pa veljajo za olajšavo za skupino posebni pogoji, ki so bili za obdobje, ki je upoštevno v tej zadevi, urejeni v Section 111 in naslednjih Corporation Tax Act 2010 (v nadaljevanju: CTA 2010). V skladu s Section 119(2) CTA 2010 je eden od teh pogojev ta, da niti družba skupine nerezidentka niti drug davčni zavezanec nimata možnosti, da tako izgubo v okviru obdavčitve v drugi državi v davčnih obdobjih po letu, v katerem je nastala izguba, vračunata v morebitne prihodnje prihodke. Obstoj take možnosti je v skladu s Section 119(4) CTA 2010 treba ugotoviti neposredno po izteku leta, v katerem je nastala izguba.

III – Ozadje spora in postopek pred Sodiščem

6. Združeno kraljestvo je olajšavo za skupino za družbe skupine nerezidentke sprejelo – sprva s spremembo Income and Corporation Taxes Act 1988, ki je bila uveljavljena 1. aprila 2006 – da bi izpolnilo zahteve prava Unije v zvezi s svobodo ustanavljanja. Te zahteve je Združeno kraljestvo razbralo iz sodbe Marks & Spencer, ki je bila izdana 13. decembra 2005. V njej je Sodišče razsodilo:⁷

„Člena 43 ES in 48 ES glede na zdajšnje stanje prava Skupnosti ne nasprotujeta zakonodaji države članice, ki na splošno izključuje možnost matične družbe rezidentke, da od svojega obdavčljivega dobička odbije izgube, ki jih ima v drugi državi članici hčerinska družba s sedežem na ozemlju te države, medtem ko dovoljuje tako možnost za izgube, ki jih ima hčerinska družba rezidentka. Vendar je v nasprotju s členoma 43 ES in 48 ES, da izključi tako možnost za matično družbo rezidentko v položaju, v katerem je, po eni strani, hčerinska družba nerezidentka z zahtevo za olajšavo izčrpala možnosti, da bi upoštevala izgube, ki so v državi, v kateri ima sedež, v zadevnem davčnem obdobju in za prejšnja davčna obdobja, [hčerinska družba nerezidentka v državi, v kateri ima sedež, za davčno obdobje, na katero se nanaša zahteva za olajšavo, in prejšnja davčna obdobja izčrpala možnosti, da se upoštevajo izgube] in v katerem, po drugi strani, ni možnosti, da bi tuja hčerinska družba bodisi sama bodisi po tretji osebi, predvsem ob prodaji hčerinske družbe tej osebi, lahko upoštevala izgube te hčerinske družbe v državi rezidentstva za prihodnja obdobja [ni možnosti, da bi te izgube v državi članici, v kateri ima sedež, v prihodnjih obdobjih upoštevala bodisi sama bodisi tretja oseba, predvsem ob prodaji hčerinske družbe tej osebi].“

7. Komisija je imela dvome, ali so novi britanski predpisi združljivi s sodbo Marks & Spencer, in je Združeno kraljestvo z dopisom z dne 19. julija 2007 pozvala, naj se glede tega opredeli. V svojem obrazloženem mnenju z dne 23. septembra 2008 je Komisija Združenemu kraljestvu očitala kršitev svobode ustanavljanja. Kršitev naj bi temeljila zlasti na tem, da se možnost drugačne uporabe izgube v prihodnosti presoja že ob koncu posameznega davčnega obdobja in da se nove določbe ne uporabijo za čas pred 1. aprilom 2006. Komisija je 25. novembra 2010 izdala še dopolnilno obrazloženo mnenje v zvezi z na novo sprejetim CTA 2010, v katerem so bile dotlej sporne določbe Income and Corporation Taxes Act 1988 povzete brez bistvenih sprememb.

⁷ — Zgoraj v opombi 2 navedena sodba Marks & Spencer (izrek).

8. Ker Združeno kraljestvo v dvomesečnem roku, ki ga je določila Komisija, ni upoštevalo njenih zahtev po spremembi svojega prava, je ta 5. aprila 2013 v skladu s členom 258, drugi odstavek, PDEU pri Sodišču vložila tožbo, v kateri predlaga, naj se:

- ugotovi, da Združeno kraljestvo s tem, da je določilo pogoje za čezmejno izravnavo izgub v skupini, na podlagi katerih je ta izravnavo praktično onemogočena, in omejilo to izravnavo na obdobje po 1. aprilu 2006, ni izpolnilo obveznosti iz člena 49 PDEU in člena 31 Sporazuma EGS;
- Združenemu kraljestvu naloži plačilo stroškov.

9. Združeno kraljestvo Sodišču predlaga, naj:

- tožbo Komisije zavrne in
- Komisiji naloži plačilo stroškov.

10. Zvezni republiki Nemčiji, Kraljevini Španiji, Kraljevini Nizozemski in Republiki Finski je bilo dovoljeno, da nastopajo kot intervenientke. Podpirajo predloge tožene stranke.

11. Stranke in intervenientke so se udeležile pisnega postopka, nato pa še obravnave, ki je bila opravljena 15. julija 2014.

IV – Presoja

12. Komisija Združenemu kraljestvu očita kršitev svobode ustanavljanja v skladu s PDEU in Sporazumom EGS. V zvezi s tem uveljavlja dva tožbena razloga.

13. S členom 49 PDEU v povezavi s členom 54 PDEU in s členom 31 Sporazuma EGS v povezavi s členom 34 Sporazuma EGS so načeloma omejitve svobode ustanavljanja prepovedane enako.⁸ Zato pri preizkusu tožbenih razlogov ne bom razlikovala med temi določbami,

A – Prvi tožbeni razlog: praktična nemožnost čezmejne izravnave izgub v skupini

14. Komisija s prvim tožbenim razlogom trdi, da je svoboda ustanavljanja kršena, ker je v skladu s pravom Združenega kraljestva uveljavitev čezmejne olajšave za skupino praktično nemogoča.

15. V skladu s sodbo Marks & Spencer naj na podlagi prava Unije čezmejna olajšava za skupino, ki temelji na odbitku izgub, načeloma sicer ne bi bila zahtevana. Vendar pa naj bi veljala izjema, če izgub hčerinske družbe nerezidentke v okviru obdavčitve v državi njenega sedeža ni mogoče upoštevati niti za prejšnja niti za poznejša davčna obdobja. Section 119(4) CTA 2010 pa določa, da je treba že ob koncu davčnega obdobja, v katerem nastane izguba, ugotoviti nemožnost drugačnega uveljavljanja izgube v prihodnosti. Takrat pa naj bi bila taka ugotovitev mogoče le, če v državi, v kateri ima hčerinska družba sedež, prenos izgube ni dopusten ali če je bil letu, v katerem je nastala izguba, začet postopek likvidacije hčerinske družbe. S tem pa naj bi bila možnost izravnave izgube izključena zlasti za primer, če hčerinska družba z dejavnostjo preneha *po* letu, v katerem je nastala izguba. Zaradi te ureditve naj bi bilo zato mogoče prenesti le izgubo iz enega samega davčnega obdobja. V skladu s sodbo Marks & Spencer pa naj bi bilo treba možnost drugačnega upoštevanja izgube v poznejših davčnih obdobjih preveriti šele ob zahtevi za priznanje olajšave za skupino.

8 — Glej sodbo Sodišča v zadevi A (C-48/11, EU:C:2012:485, točka 21 in tam navedena sodba praksa).

16. Združeno kraljestvo je na te trditve odgovorilo, da čezmejna olajšava za skupino ni praktično nemogoča. Pogoji zanj naj bi bili sicer restriktivni, vendar naj bi bilo to izključno posledica sodne prakse Sodišča. V skladu s to sodno prakso naj bi se možnost drugačnega upoštevanja izgube morala preverjati prav ob koncu davčnega obdobja. S tem pa naj ne bi bilo izključeno, da se pri preverjanju ne bi upoštevalo tudi prenehanje poslovne dejavnosti ali ob koncu davčnega obdobja obstoječi namen skorajšnje likvidacije družbe. Poleg tega naj bi bila posledica preverjanja šele ob zahtevi za olajšavo za skupino ta, da bi davčni zavezanec v nasprotju s sodno prakso lahko izbral, v kateri državi članici se bodo upoštevale njegove izgube. Še pred vložitvijo take zahteve bi lahko namreč svoja razmerja uredil tako, da ob vložitvi zahteve izgube nikakor ne bi mogel več uveljavljati drugače.

17. Najprej menim, da je prvi tožbeni razlog nejasno formuliran. Komisija Združenemu kraljestvu namreč očita, da je v skladu s Section 119(4) CTA 2010 izravnavala izgube mogoče le, če država, v kateri ima hčerinska družba sedež, ne dovoljuje prenosa izgube ali če je bil v letu, v katerem je nastala izguba, začet postopek likvidacije hčerinske družbe. Ker ni dvoma, da se v praksi zadnjenavedeni primer pojavlja, Komisiji pravzaprav ne gre za to, da je po pravu Združenega kraljestva čezmejna izravnavala izgube praktično nemogoča, ampak da v ureditvi niso zajeti vsi primeri, ki se po njenem mnenju zahtevajo v skladu s svobodo ustanavljanja.

18. Zato je v okviru prvega tožbenega razloga treba preveriti, ali je Section 119(4) CTA 2010 v nasprotju s svobodo ustanavljanja, ker v skladu s to določbo zaradi trenutka, v katerem se izvede preverjanje, ali bo v prihodnosti obstajala drugačna možnost upoštevanja izgube, čezmejna izravnavala izgube ni mogoča v zadostnem obsegu. Poleg tega je treba pojasniti – prvič – da je v skladu z navedbami Komisije predmet tožbe le prenosljivost izgub *hčerinske* družbe nerezidentke, ne pa tudi drugih družb skupine in – drugič – da se tožba nanaša le na izgube iz *inozemskih* dejavnosti, ne pa tudi na izgube, ki jih je hčerinska družba nerezidentka v Združenem kraljestvu ustvarila prek poslovne enote.⁹

1. Omejitev svobode ustanavljanja

19. Z grajano ureditvijo je omejena svoboda ustanavljanja, ker so z njo za primer, če matična družba hčerinsko podjetje ustanovi v tujini, določeni strožji pogoji za uveljavljanje prednosti olajšave za skupino kot za primer, če bi to storila v državi, v kateri ima sedež.¹⁰

20. Ta omejitev zadeva dve prednosti olajšave za skupino, med katerima je za namene nadaljnjega preizkusa treba razlikovati. Prva je likvidnostna prednost, ker se z olajšavo za skupino pospeši izravnavala izgub znotraj skupine.¹¹ Dokler družbe skupine vedno znova ustvarjajo tudi dobičke, skupina v Združenem kraljestvu na podlagi možnosti olajšave za skupino *ceteris paribus* sicer ne plača manj davka, ga pa plača pozneje. Posledica prenosa izgub hčerinske družbe na matično družbo je namreč tudi ta, da hčerinska družba v svoje dobičke, ki bodo obdavčeni pozneje, ne bo mogla več vračunati nobene prenesene izgube. Nižji davek, ki ga v enem davčnem obdobju plača matična družba, bo torej kompenziran z višjim davkom, ki ga bo v poznejšem obdobju plačala hčerinska družba.

9 — V zvezi z izgubami poslovne enote glej sodbo Philips Electronics (C-18/11, EU:C:2012:532).

10 — Glej sodbo Sodišča ICI (C-264/96, EU:C:1998:370, točke od 20 do 23), zgoraj v opombi 2 navedeno sodbo Marks & Spencer (točke od 28 do 34) in sodbo Sodišča Felixstowe Dock and Railway Company in drugi (C-80/12, EU:C:2014:200, točke od 17 do 21).

11 — Glej zgoraj v opombi 2 navedeno sodbo Marks & Spencer (točka 32) in zgoraj v opombi 9 navedeno sodbo Felixstowe Dock and Railway Company in drugi (točka 19).

21. Obstaja pa še druga, pomembnejša prednost olajšave za skupino. Če hčerinska družba v saldu vseh davčnih obdobij svoje dejavnosti le enkrat ustvari izgubo (v nadaljevanju: popolna izguba), prednost, ki izhaja iz olajšave za skupino, presega likvidnostno prednost. V tem primeru je matična družba zaradi izravnave izgube dokončno oproščena plačila davka na del svojega dohodka, ki ustreza popolni izgubi njene hčerinske družbe. Enak položaj je podan, če hčerinska družba sicer gospodarsko ne propade, vendar je njen znesek izgube pravno omejen, zaradi česar nastale izgube z davčnega vidika ostanejo neizkoriščene.

22. Omejitev svobode ustanavljanja, ki je posledica Section 119(4) CTA 2010, je v skladu z ustaljeno sodno prakso dopustna le, če se nanaša na položaje, ki niso objektivno primerljivi (o tem spodaj v točki 2), ali če je to upravičeno iz nujnih razlogov v splošnem interesu¹² (o tem v točki 3).

2. Objektivna primerljivost položajev

23. Najprej je treba torej razjasniti, ali je položaj matične družbe, ki ima hčerinsko družbo rezidentko, katere izgube naj bi se prenesle v okviru olajšave za skupino, objektivno primerljiv s položajem matične družbe, ki ima hčerinsko družbo nerezidentko, katere izgube naj bi se prav tako prenesle v okviru te olajšave. To je vprašljivo, saj Združeno kraljestvo načeloma obdavčuje le dejavnost hčerinskih družb rezidentk, ne pa tudi nerezidentk.

24. Sodišče je v zvezi s tem v sodbi Marks & Spencer še ugotovilo, da okoliščina, da država članica ne obdavčuje – drugače od dejavnosti hčerinskih družb rezidentk – dejavnosti hčerinskih družb nerezidentk, sama po sebi ne upravičuje omejitve olajšave za skupino zgolj na izgube, ki so jih imele družbe rezidentke.¹³

25. Vendar je ta ugotovitev zaradi nedavno razglašene sodbe v zadevi Nordea Bank Danmark, ki se je nanašala na čezmejno upoštevanje izgub *poslovnih enot* nerezidentk, postala vprašljiva. V navedeni sodbi je Sodišče prvič oblikovalo načelo, da z vidika ukrepov, ki jih država članica določi zaradi izogibanja dvojnemu obdavčevanju, poslovne enote rezidentke in nerezidentke niso v primerljivem položaju. Sodišče je nazadnje sicer ugotovilo objektivno primerljivost, vendar le zato, ker sta se zadevni državi članici odločili, da bosta obdavčevali tudi poslovne enote nerezidentke.¹⁴

26. Glede na ugotovitve v zvezi s poslovnimi enotami bi bilo ob uporabi *argumentum a fortiori* mogoče sklepati, da *hčerinske družbe* rezidentke in nerezidentke, kar zadeva delitev davčnih pristojnosti med državami članicami, nikakor niso v primerljivem položaju. Medtem ko je poslovna enota nerezidentka v skladu z mednarodno priznanim načelom svetovnega dohodka¹⁵ še podvržena davčni suverenosti države sedeža družbe, ki od nje lahko zahteva plačilo davka, pa v primeru hčerinske družbe nerezidentke neke družbe načeloma ni tako. Te so v državi, v kateri ima sedež njihova matična država, k plačilu davka zavezane le v zvezi s svojo dejavnostjo v tej državi in eventualno izjemoma v okviru prištetja prihodkov [hčerinskih družb davčni osnovi matičnih družb] zaradi preprečevanja zlorab.¹⁶ Ti izjemni primeri pa niso predmet obravnavane tožbe.

27. Načelo, oblikovano v sodbi Nordea Bank Danmark, ima poseben pomen tudi zato, ker sem prej Sodišču predlagala, naj preverjanje objektivne primerljivosti povsem opusti.¹⁷ Pri tem načelu gre predvsem za to, da mora država članica izgube, nastale v okviru inozemske dejavnosti, upoštevati le, če to dejavnost tudi obdavčuje. To je v skladu tako s sodno prakso o upoštevanju izgub pred sodbo

12 — Glej zgolj sodbo Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087, točka 23 in tam navedena sodna praksa).

13 — Glej zgoraj v opombi 2 navedeno sodbo Marks & Spencer (točka 40); ob sklicevanju na to sodbo tudi sodba A (C-123/11, EU:C:2013:84, točki 34 in 35).

14 — Glej zgoraj v opombi 11 navedeno sodbo Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087, točka 24).

15 — Glej zgoraj v opombi 2 navedeno sodbo Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, točka 39).

16 — Glej sodbo Sodišča Cadbury Schweppes in Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544).

17 — Glej moje sklepne predloge v zadevi Nordea Bank Danmark (zgoraj v opombi 13 navedena sodba, EU:C:2014:153, točke od 21 do 28).

Marks & Spencer kot s sodno prakso na drugih davčnih področjih. Prvič, Sodišče je že leta 1997 v sodbi Futura Participations in Singer ugotovilo, da je to, da se pri obdavčitvi upoštevajo zgolj izgube, ki jih poslovna enota družbe nerezidentke ustvari v državi, skladno z davčnim načelom teritorialnosti in zato ne pomeni diskriminacije.¹⁸ Drugič, Sodišče je nedavno v sodbi Kronos International v zvezi z obdavčitvijo dividend pojasnilo, da kar zadeva upoštevanje davka na razdelitev dividend hčerinske družbe, rezidentke in nerezidentke niso v primerljivem položaju, če država članica razdelitve dividend hčerinskih družb nerezidentk ne obdavčuje.¹⁹

28. Poleg tega je v skladu z ustaljeno sodno prakso objektivno primerljivost položajev treba presojati glede na cilj zadevne ureditve.²⁰ Cilj ureditve o obdavčitvi skupin podjetij je, da se družbam skupine – v različni stopnji – omogoči taka davčna obravnava, kot bi šlo za enega samega davčnega zavezanca.²¹ Tudi glede na ta cilj se mi zdi objektivna primerljivost izgub hčerinskih družb rezidentk in nerezidentk vprašljiva. To, da se matična družba rezidentka in hčerinska družba nerezidentka obravnavata kot en sam davčni zavezanec, se namreč zdi zgrešeno, če hčerinska družba nerezidentka v državi sploh ni podvržena obdavčitvi in torej sploh ni davčni zavezanec.

29. Ne glede na to pa ne predlagam, naj se v obravnavanem primeru ugotovi, da položaja nista objektivno primerljiva. V okviru preizkusa objektivne primerljivosti položajev bi se morali namreč izločiti zgolj ti primeri neenake obravnave, do katerih očitno in nedvomno pride zaradi utemeljenih razlogov. Poudarjena razlika med položajem matične družbe, ki ima hčerinsko družbo rezidentko oziroma nerezidentko, je gotovo pomembna, če ne že odločilna za preizkus, ali je prišlo do kršitve svobode ustanavljanja. Vendar take kršitve očitno ne izključuje, kot je razvidno iz nasprotnega mnenja Sodišča iz sodbe Marks & Spencer. Treba jo je torej preučiti kot morebiten razlog, na podlagi katerega je utemeljena neenaka obravnava, kar je zajeto v okviru preizkusa sorazmernosti nacionalne ureditve.

3. Utemeljitev

30. Treba je torej preučiti, ali je omejevalni pogoj za izravnavo izgub s hčerinskimi družbami nerezidentkami upravičen na podlagi nujnega razloga v splošnem interesu.

31. Okoliščina, da inozemska dejavnost hčerinskih družb nerezidentk v Združenem kraljestvu ni obdavčena, je tak razlog, ki upravičuje omejevalni pogoj. V skladu z zdaj že ustaljeno sodno prakso mora država članica izgubo iz inozemske dejavnosti namreč upoštevati le, če to dejavnost tudi obdavčuje; o tem lahko Sodišče govori kot o „zagotovitvi usklajenosti davčnega sistema“,²² „ohranitvi delitve davčne pristojnosti med državami članicam“,²³ „ohranitvi simetrije“ med obdavčevanjem

18 — Sodba Sodišča Futura Participations in Singer (C-250/95, EU:C:1997:239, točki 21 in 22).

19 — Glej sodbo Sodišča Kronos International (C-47/12, EU:C:2014:2200, točka 81).

20 — Glej sodbi Sodišča X Holding (C-337/08, EU:C:2010:89, točka 22) in SCA Group Holding in drugi (C-39/13, C-40/13 in C-41/13, EU:C:2014:1758, točka 28).

21 — V zvezi z nizozemskim *fiscale eenheid* glej sodbo Sodišča SCA Group Holding in drugi (C-39/13, C-40/13 in C-41/13, EU:C:2014:1758, točka 51).

22 — Glej zgoraj v opombi 3 navedeno sodbo K (C-322/11, EU:C:2013:716, točke od 64 do 71).

23 — Glej zgoraj v opombi 2 navedeno sodbo Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, točka 45), zgoraj v opombi 3 navedeno sodbo Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, točka 31), zgoraj v opombi 19 navedeno sodbo X Holding (C-337/08, EU:C:2010:89, točka 28), zgoraj v opombi 3 navedeni sodbi A (C-123/11, EU:C:2013:84, točka 42) in K (C-322/11, EU:C:2013:716, točka 55) in zgoraj v opombi 11 navedeno sodbo Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087, točka 32).

dobičkov in odbitkom izgub,²⁴ izogibanju nevarnosti „dvakratne uporabe izgube“²⁵ ali preprečevanju „davčnega izogibanja“^{26, 27}. Ta sodna praksa ima dodatno potrditev v izjavah Sodišča v zvezi z objektivno primerljivostjo položajev, ki je – kot smo videli²⁸ – okoliščini, ali država članica inozemsko dejavnost obdavčuje ali ne, pripisalo bistven pomen.

32. Zato je Združeno kraljestvo načeloma upravičeno ne le, da za upoštevanje izgub iz inozemske dejavnosti hčerinskih družb nerezidentk v okviru olajšave za skupino določi strožje pogoje, ampak tudi, da jo iz te olajšave v celoti izključi.

33. Vendar mora Združeno kraljestvo spoštovati tudi načelo sorazmernosti. V skladu z njim so države članice obvezane uporabiti ukrepe, ki ob tem, da omogočajo učinkovito uresničitev cilja, ki mu sledi nacionalno pravo, čim manj ogrožajo cilje in načela, ki jih določa zadevna zakonodaja Unije.²⁹

34. V zvezi s tem je Sodišče v sodbi Marks & Spencer ugotovilo, da popolna izključitev hčerinskih družb nerezidentk iz olajšave za skupino presega tisto, kar je nujno potrebno za dosego „bistva“ zastavljenih ciljev, in pri tem oblikovalo izjemo Marks & Spencer.³⁰ V skladu z njo – povedano na kratko – se izgube hčerinske družbe nerezidentke lahko prenesejo na matično družbo, če teh izgub ni mogoče niti za sedanja, niti pretekla, niti prihodnja davčna obdobja upoštevati nikjer drugje, pri čemer dokazno breme v zvezi s tem nosi davčni zavezanec, države članice pa smejo preprečevati zlorabo te izjeme.³¹

35. Prvi tožbeni razlog se nanaša na vprašanje, ali sporna ureditev Združenega kraljestva o izjemi za prenos izgub hčerinskih družb nerezidentk, s tem da v Section 119(4) CTA 2010 določa, da so za presojo možnosti prihodnjega upoštevanja izgub odločilna razmerja ob koncu obdobja, v katerem izguba nastane, izpolnjuje zahteve sorazmernosti.

a) Sodna praksa v zvezi z izjemo Marks & Spencer

36. Na podlagi dosedanje sodne prakse Sodišča na to vprašanje ni mogoče odgovoriti.

37. V sodbi Marks & Spencer ni navedb o tem, v katerih primerih je možnost prihodnjega upoštevanja izgub izključena, niti o tem, kdaj je to treba ugotavljati. Po eni strani bi odločitev lahko temeljila na tem, da se matični družbi ne omogoči likvidnostne prednosti olajšave za skupino, zato pa dokončno prednost upoštevanja izgub v primeru popolne izgube hčerinske družbe.³² Izhajajoč iz te razlage, bi bila sporna ureditev v nasprotju s sodbo Marks & Spencer. Na njeni podlagi bi bilo namreč nemogoče ugotoviti popolno izgubo hčerinske družbe, saj se lahko ugotovi šele ob koncu njene dejavnosti ob upoštevanju vseh davčnih obdobj. Vendar po drugi strani v sodbi ni navedb, iz katerih bi bilo razvidno, da je ključno upoštevanje popolne izgube. Nasprotno, Sodišče je menilo, da je svoboda ustanavljanja kršena že zgolj z ne priznanjem likvidnostne prednosti.³³

24 — Glej sodbo Sodišča National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, točka 58) in zgoraj v opombi 11 navedeno sodbo Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087, točka 32 in tam navedena sodna praksa).

25 — Glej zgoraj v opombi 2 navedeno sodbo Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, točki 47 in 48) in zgoraj v opombi 3 navedeni sodbi Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, točki 35 in 36) in A (C-123/11, EU:C:2013:84, točka 44).

26 — Glej zgoraj v opombi 2 navedeno sodbo Marks & Spencer (C-371/10, EU:C:2011:785, točka 49) in zgoraj v opombi 3 navedeno sodbo A (C-322/11, EU:C:2013:716, točka 45).

27 — Glej tudi zgoraj v opombi 23 navedeno sodbo National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, točka 80) in zgoraj v opombi 3 navedeno sodbo K (C-322/11, EU:C:2013:716, točka 72), v katerih Sodišče priznava vsaj delno prekrivanje utemeljitvenih razlogov v zvezi z davčno usklajenostjo in delitvijo davčne pristojnosti.

28 — Glej točke od 25 do 28 zgoraj.

29 — Glej zgolj sodbo Sodišča BDV Hungary Trading (C-563/12, EU:C:2013:854, točka 30 in tam navedena sodna praksa).

30 — Glej zgoraj v opombi 2 navedeno sodbo Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, točka 55).

31 — Glej zgoraj v opombi 2 navedeno sodbo Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, točki 56 in 57).

32 — Glej točki 20 in 21 zgoraj.

33 — Glej zgoraj v opombi 2 navedeno sodbo Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, točka 32).

38. Poleg tega je Sodišče v poznejši sodni praksi področje uporabe izjeme Marks & Spencer tako zelo omejilo, da nazadnje le stežka razberem še kakršen primer, za katerega se uporabi. To je mogoče ponazoriti na primeru prvega očitka Komisije. Z njim Komisija zatrjuje, da je britanska ureditev preveč omejevalna, ker je v skladu z njo čezmejna izravnavna izgube mogoča le, če država članica, v kateri ima hčerinska družba sedež, ne dopušča prenosa izgub ali če je bil v letu, v katerem je nastala izguba, začet postopek likvidacije hčerinske družbe. Zdi se, da obe stranki iz obravnavanega primera soglašata, da so vsaj v teh dveh primerih pogoji za uporabo izjeme Marks & Spencer izpolnjeni. Vendar glede na najnovejšo sodno prakso Sodišča to ne drži.

39. Po eni strani je iz sodbe K razvidno, da državi članici izgub iz inozemskih dejavnosti ni treba upoštevati, če je upoštevanje izgub v kraju izvajanja dejavnosti v skladu s pravom izključeno.³⁴ Če torej hčerinska družba nerezidentka po pravu države članice svojega sedeža nima možnosti prenosa izgub, v tej državi ni več možnosti prihodnjega upoštevanja izgube; vendar pa v skladu s temeljnimi svoboščinami prenos izgub na matično družbo ni nujen. Pri tem je razviden vpliv usmeritve sodne prakse, ki se je razvila šele po sodbi Marks & Spencer. Sodišče je to usmeritev v sodbi Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt prvič povzelo tako, da se od države članice ne more zahtevati, naj pri uporabi svoje davčne zakonodaje kompenzira negativne posledice, ki izhajajo iz „posebnosti“ davčne zakonodaje druge države.³⁵ V katerih primerih je davčno ureditev države članice v tem smislu treba šteti za posebno – denimo zato, ker odstopa od še neopredeljenega standarda prava Unije v zvezi s prenosom izgub – s tem sicer še ni dokončno pojasnjeno. Nemški Bundesfinanzhof pa je to sodno prakso na primer že razlagalo tako, da vsaka pravna omejitev prenosa izgub še ne pomeni nemogućnosti drugačnega upoštevanja izgub v smislu izjeme Marks & Spencer.³⁶

40. Po drugi strani je Sodišče v sodbi A izhajalo iz tega, da likvidacija hčerinske družbe, ki je v bistvenem prenehala s poslovno dejavnostjo, sama po sebi ne zadostuje, da bi se lahko štelo, da zanj v državi njenega sedeža ni več možnosti upoštevanja izgube. Očitno je, da bi to moralo veljati tudi v primeru združitve, s katero hčerinska družba izgubi celo svojo pravno osebnost. Vendar se zdi, da za domnevo, da možnost upoštevanja izgube v državi članici sedeža še obstaja, zadostuje, da bi imela hčerinska družba v primeru, da ne bi bila likvidirana, še – četudi minimalne – prihodke.³⁷ V skladu s tem prenehanje opravljanja poslovne dejavnosti kot tako ne zadostuje za izpolnitev zahtev izjeme Marks & Spencer, če bodo ustvarjeni še kakšni prihodki. Prav tak pa je položaj tako pri prostovoljni likvidaciji hčerinske družbe kot tudi pri uvedbi postopka zaradi insolventnosti na njenem premoženju, saj med unovčevanjem premoženja družbe ta redno še vedno ustvarja prihodke. V skladu s sodbo A zato tudi začetek postopka likvidacije hčerinske družbe – in celo poznejša izguba pravne osebnosti – ne pomenita jasnega primera, v katerem se lahko uporabi izjema Marks & Spencer.

41. O prvem tožbenem razlogu je zato mogoče presoditi le, če Sodišče v okviru te zadeve, izhajajoč iz načela sorazmernosti, razjasni, ali izjema Marks & Spencer še velja, in če velja, kakšna je njena vsebina.

b) Preizkus izjeme Marks & Spencer

42. V skladu z načelom iz *common law stare decisis et non quieta movere* bi se bilo načeloma treba držati prejšnje sodne prakse. Sodba Marks & Spencer pa ni voidla do *quieta*, ker njeni učinki nikoli niso bili jasni.³⁸ Zato menim, da je mogoče in potrebno preveriti smiselnost izjeme Marks & Spencer.³⁹

34 — Glej zgoraj v opombi 3 navedeno sodbo K (C-322/11, EU:C:2013:716, točke od 76 do 81).

35 — Glej sodbo Sodišča Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt (C-157/07, EU:C:2008:588, točka 49), ki se opira na sodbi Sodišča Columbus Container Services (C-298/05, EU:C:2007:754, točka 51) in Deutsche Shell (C-293/06, EU:C:2008:129, točka 42); glej v nadaljevanju tudi zgoraj v opombi 3 navedeno sodbo K (C-322/11, EU:C:2013:716, točka 79).

36 — Glej sodbi Bundesfinanzhof z dne 9. junija 2010, I R 100/09, točka 11, in z dne 9. junija 2010, I R 107/09, točka 17.

37 — Glej zgoraj v opombi 3 navedeno sodbo A (C-123/11, EU:C:2013:84, točke od 51 do 53).

38 — Glej zgoraj točko 2 in točke od 37 do 40.

39 — Glej v zvezi s tako preveritvijo lastne sodne prakse sodbo Keck in Mithouard (C-267/91 in C-268/91, EU:C:1993:905, točke od 14 do 16).

43. Z oblikovanjem te izjeme v sodbi Marks & Spencer je hotelo Sodišče zapolniti praznino. Menilo je, da je naloga zakonodajalca Unije, da čezmejno izravnavo izgub uredi tako, da bo prilagojena zahtevam temeljnih svoboščin.⁴⁰ Dotlej bi morale prednosti olajšave za skupino vsaj nekoliko koristiti skupinam, ki delujejo čezmejno, in sicer za primer, če nimajo na voljo nobenih drugih možnosti upoštevanja izgub.

44. Ta ureditev pa se ni izkazala za uporabno. Zato z njo niso varovani interesi notranjega trga in torej tudi ne pomeni milejšega sredstva za zagotavljanje davčne suverenosti držav članic. V končni fazi namreč ne olajšuje dejavnosti čezmejnih skupin, ampak pomeni skoraj neizčrpen vir pravnih sporov med davčnimi zavezanci in davčnimi upravami držav članic. Za to obstajajo v bistvu štirje razlogi.

45. Prvič, možnost drugačnega upoštevanja izgub se lahko z dejanskega vidika res izključi le, če hčerinska družba s pravnega vidika ne obstaja več. Šele ko nima več premoženja in ga prav tako ne more pridobiti, je gotovo, da ne bodo nastali prihodki, s katerimi bo mogoče poračunati izgube. Čakanje na dokončno likvidacijo hčerinske družbe pa utegne trajati zelo dolgo. S tem si lahko razlagamo poskuse, da se za ta trenutek določi prenehanje poslovne dejavnosti ali začetek postopka likvidacije, kar pa povzroči, da je nemogoče *vnaprej* ugotoviti nemožnost prihodnjega upoštevanja izgub. To je posebno jasno razvidno pri predlogu, ki ga je Komisija podala v tem postopku, naj se dobičke hčerinske družbe, ki so proti pričakovanjem nastali naknadno, v okviru popravka vračuna v dobičke matične družbe, in pri njenem razlikovanju med „realnimi“ in „teoretičnimi“ možnostmi drugačnega upoštevanja izgub. Medtem ko je Sodišče v sodbi Marks & Spencer postopek popravka, ki ga je predlagala Komisija, že zavrnilo,⁴¹ pa bi razlikovanje med „realnimi“ in „teoretičnimi“ možnostmi vodilo le k verjetnostnim sodbam, ki pa po svojem značaju ne zagotavljajo pravne varnosti.

46. Drugič je v primeru, da je v državi sedeža hčerinske družbe upoštevanje izgub pravno izključeno, izjema Marks & Spencer v koliziji z drugo vejo sodne prakse. Čeprav bi na primer morala biti pravna izključitev prenosa izgube v državi sedeža hčerinske družbe jasen primer uporabe izjeme Marks & Spencer, pa je to, kot je bilo navedeno, po mnenju Sodišča v nasprotju z načelom, ki se je oblikovalo v ustaljeni sodni praksi po sodbi Marks & Spencer.⁴²

47. Tretjič, nemožnost drugačnega upoštevanja izgub lahko davčni zavezanci povzročijo samovoljno. Ta možnost pa je v nasprotju s sodno prakso, na katero se sklicuje tudi Združeno kraljestvo in v skladu s katero davčni zavezanec ne more izbirati, po katerem davčnem sistemu bo obdavčen.⁴³ Že v sodbi Marks & Spencer je Sodišče tudi zato državam članicam priznalo možnost, da preprečijo take ureditve položajev, katerih namen je izognitev obdavčitvi.⁴⁴ Vendar je v posamičnem primeru težko nedvoumno ugotoviti – na primer – kdaj se likvidacija hčerinske družbe izvede iz davčnih razlogov in kdaj ne.

48. Četrtrič, država članica, v kateri ima sedež matična družba, mora na podlagi svobode ustanavljanja zagotoviti le enako obravnavanje. V zvezi z vsako čezmejno izravnavo izgube bi bilo treba torej naknadno ugotavljati, katere davčne posledice bi povzročila hčerinska družba nerezidentka, če bi imela sedež v državi. Fiktiven davčni položaj bi bilo morda tako treba naknadno ugotavljati skozi desetletja.

40 — Glej zgoraj v opombi 2 navedeno sodbo Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, točka 58).

41 — Glej zgoraj v opombi 2 navedeno sodbo Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, točke od 54 do 58).

42 — Glej zgoraj točko 39.

43 — Glej zgoraj v opombi 19 navedeno sodbo X Holding (C-337/08, EU:C:2010:89, točke od 29 do 32 in tam navedena sodba praksa).

44 — Glej zgoraj v opombi 2 navedeno sodbo Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, točka 57).

c) Opustitev izjeme Marks & Spencer

49. Upoštevanje izgub hčerinskih družb nerezidentk, ki bi bilo uporabno na notranjem trgu, je mogoče doseči le z njihovim sprotnim upoštevanjem v povezavi s prištevanjem poznejših dobičkov, o čemer se je že razpravljalo v zadevi Marks & Spencer.⁴⁵ Taka rešitev bi matičnim družbam zagotovila tako likvidnostno prednost kot tudi prednost upoštevanja popolne izgube.⁴⁶ Vendar bi bila posledica te rešitve to, da bi se izgube hčerinskih družb nerezidentk in rezidentk v zelo širokem obsegu obravnavale enako. S tem pa bi se izvotlilo v sodni praksi ustaljeno načelo, v skladu s katerim mora država članica izgubo, nastalo v okviru inozemske dejavnosti, upoštevati le, če to dejavnost tudi obdavčuje.⁴⁷

50. Glede na navedeno je opustitev izjeme Marks & Spencer najbolj uravnotežena rešitev, saj se z njo upošteva omenjeno načelo iz sodne prakse, glede na opisane pomanjkljivosti izjeme Marks & Spencer pa tudi ni na voljo milejšega sredstva. V prid opustitvi izjeme Marks & Spencer govorijo še trije razlogi.

51. Prvič, opustitev izjeme bi rešila protislovja v zvezi s preostalo sodno prakso Sodišča, ki predvideva jasno ločitev davčnih pristojnosti držav članic. Sodišče je v sodbi National Grid Indus razsodilo, da lahko država članica pri prenosu sedeža družbe v drugo državo članico pobere davek na še nerealizirana povečanja vrednosti njenega premoženja in da ji pri obdavčitvi ni treba upoštevati izgub, ki po prenosu sedeža družbe nastanejo zaradi zmanjšanja vrednosti njenega premoženja. To velja tudi takrat, kadar druga država članica takih izgub ne upošteva, saj je treba upoštevati simetrijo med pravico do obdavčenja dobička ter možnostjo odbitka izgub.⁴⁸ Prav tako jasno je Sodišče v sodbi X Holding Kraljevini Nizozemski dovolilo, da hčerinske družbe nerezidentke popolnoma in brez izjem izključi iz sistema obdavčitve skupin, v katerem je zajeto tudi upoštevanje izgub hčerinske družbe.⁴⁹

52. Drugič, s to rešitvijo se upošteva zahteva po pravni varnosti, ki je eno od splošnih pravnih načel prava Unije. V skladu s tem načelom se zahtevajo jasnost in natančnost pravnih pravil ter predvidljivost njihove uporabe za upravičence.⁵⁰ To mora veljati tudi za pravna pravila, ki izhajajo iz razlage temeljnih svoboščin, ki jo opravi Sodišče. Kot se je izkazalo v preteklih letih, izjema Marks & Spencer ne izpolnjuje zahteve po pravni varnosti; nasprotno, naložbeni pogoji so zaradi nje nepredvidljivi in vir sporov.

53. Tretjič, z opustitvijo izjeme Marks & Spencer prav tako ne bi bilo kršeno načelo plačila davka v skladu z zmožnostmi, kot je med obravnavo trdila Komisija. V obravnavanem primeru gre namreč za to, da je več davčnih zavezancev fiktivno obravnavanih kot en sam davčni zavezanec. Vendar pa matična in hčerinska družba načeloma nista obdavčeni skupaj, saj sta ločena pravna subjekta, ki imata vsak lastno zmožnost plačila. Prav tako vsaj hčerinska družba nima dostopa do premoženja matične družbe. Glede na to menim, da davčni sistem za skupine iz razlogov v zvezi z zmožnostjo plačila ni *a priori* potreben.

45 — Glej zgoraj v opombi 2 navedeno sodbo Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, točka 54).

46 — Glej točki 20 in 21 zgoraj.

47 — Glej točko 31 zgoraj.

48 — Glej zgoraj v opombi 23 navedeno sodbo National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, točki 58 in 61).

49 — Glej zgoraj v opombi 19 navedeno sodbo X Holding (C-337/08, EU:C:2010:89).

50 — Glej sodbo Sodišča Ålands Vindkraft (C-573/12, EU:C:2014:2037, točka 127 in tam navedena sodna praksa).

d) Sklep

54. Nazadnje je torej tudi popolno nepriznavanje izravnave izgub hčerinskih družb nerezidentk v skladu z načelom sorazmernosti. Vsaka omejitev čezmejne izravnave izgub s hčerinsko družbo je zato upravičena z ohranitvijo usklajenosti davčne ureditve oziroma delitvijo davčne pristojnosti med državami članicami.⁵¹

4. Sklep v zvezi s prvim tožbenim razlogom

55. Ker je sporna ureditev Združenega kraljestva v zvezi z olajšavo za skupino tako celo ugodnejša, kot zahteva pravo Unije, saj v nekaterih primerih dovoljuje čezmejno izravnavo izgub, ni v nasprotju s svobodo ustanavljanja. Prvi tožbeni razlog je zato treba zavrniti.

B – Drugi tožbeni razlog: časovna omejitev čezmejne izravnave izgub v skupini

56. Z drugim tožbenim razlogom Komisija trdi, da je tudi to, da je možnost čezmejne olajšave za skupino časovno omejena na izgube, ki so nastale po 1. aprilu 2006, v nasprotju s svobodo ustanavljanja.

57. Tudi drugi tožbeni razlog je treba zavrniti, ker Združeno kraljestvo po pravu Unije sploh ni bilo obvezano spremeniti svojega prava v zvezi z olajšavo za skupino.

C – Sklep in stroški

58. Tožbo je zato treba zavrniti v celoti, ker noben tožbeni razlog ni utemeljen.

59. O stroških strank je treba odločiti v skladu s členom 138(1) Poslovnika, o stroških intervenientk pa v skladu s členom 140(1) Poslovnika.

V – Predlog

60. Sodišču zato predlagam, naj o tožbi, ki jo je Komisija vložila proti Združenemu kraljestvu, odloči tako:

1. Tožba se zavrne.
2. Evropska komisija nosi stroške.
3. Zvezna republika Nemčija, Kraljevina Španija, Kraljevina Nizozemska in Republika Finska nosijo svoje stroške.

⁵¹ — Glej zgoraj točko 31.