



## Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNE PRAVOBRANILKE  
JULIANE KOKOTT,  
predstavljeni 10. januarja 2019<sup>1</sup>

**Zadeva C-608/17**

**Skatteverket  
proti  
Holmen AB**

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Högsta förvaltningsdomstol (višje upravno sodišče, Švedska))

„Predlog za sprejetje predhodne odločbe – Nacionalna davčna zakonodaja – Svoboda ustanavljanja – Odbitek izgub hčerinske družbe nerezidentke v državi, v kateri ima sedež matična družba – Utemeljitev, zakaj tako imenovanih dokončnih izgub ni mogoče odbiti – Sorazmernost čezmejne neizravnave izgub – Pojem tako imenovanih dokončnih izgub – Zahteva po neposredni udeležbi matične družbe za opredelitev kot dokončna izguba – Upoštevanje izgub zaradi omejitve, ki velja za izravnavo izgub v državi, v kateri ima sedež družba vnukinja – Upoštevanje izgub zaradi neobstoja konsolidacije na ravni skupine v letu, v katerem je bila izvedena likvidacija, v državi, v kateri ima sedež družba vnukinja“

### I. Uvod

1. Sodišče v tem in še enem<sup>2</sup> postopku obravnava vprašanje, kako države članice – v obravnavanem primeru Kraljevina Švedska – izvajajo in razlagajo njegovo sodno prakso. Predmet postopka je vprašanje, ali ima švedska matična družba na podlagi člena 49 PDEU v povezavi s členom 54 PDEU pravico od svojih dobičkov, ustvarjenih na Švedskem, odbiti izgube španske hčerinske družbe, ki je v njeni 100-odstotni posredni lasti (to je družbe vnukinje), če je bila družba vnukinja likvidirana in ni mogla uporabiti (to je izravnati s svojimi oziroma drugimi dobički španske skupine) vseh svojih izgub v Španiji.

2. Veliki senat Sodišča<sup>3</sup> je leta 2005 presodil, da temeljne svoboščine načeloma ne določajo obveznosti čezmejne uporabe izgub v skupini. To pomeni, da izgube, ki nastanejo v tujini, ostanejo neupoštevane in jih druge članice skupine na nacionalnem ozemlju torej ne morejo uporabiti. Čezmejno uporabo izgub naj bi bilo treba določiti le za tako imenovane *dokončne izgube* v skladu z načelom sorazmernosti.

<sup>1</sup> Jezik izvirnika: nemščina.

<sup>2</sup> Predlog Sodišče obravnava v okviru zadeve C-607/17, v zvezi s tem glej tudi moje sklepne predloge z istega dne.

<sup>3</sup> Sodba z dne 13. decembra 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763).

3. Ta skupina primerov „dokončnih izgub“, ki jo je ustvarilo Sodišče, je povezana s številnimi težavami, ki so privedle že do več odločitev Sodišča<sup>4</sup> (med njimi sta še dve drugi odločitvi velikega senata). V nobeni od teh odločitev pa Sodišču še ni uspelo dokončno pojasniti, kateri so pogoji za opredelitev kot dokončne izgube.<sup>5</sup>

4. Zato ima Sodišče, če želi še naprej vztrajati pri izjemi dokončnih izgub,<sup>6</sup> ponovno priložnost opisati to skupino primerov.

## II. Pravni okvir

### A. Pravo Unije

5. V obravnavanem primeru je okvir prava Unije svoboda ustanavljanja družb na podlagi člena 49 PDEU v povezavi s členom 54 PDEU.

### B. Švedsko pravo

6. V švedskem pravu se za uskladitev poslovnih izidov v skupini družb uporablja tako imenovani *prenos* znotraj skupine. Ta se pri družbi, ki ga izvede, odbije, pri družbi, ki ga prejme, pa upošteva kot prihodek pri obdavčitvi. Matična družba lahko z uporabo prenosa znotraj skupine v korist hčerinske družbe (tudi hčerinske družbe, ki jo ima v posredni lasti), ki je ustvarila izgubo, ekonomsko „prenese“ te izgube nase.

7. Vendar predpisi o prenosu znotraj skupine<sup>7</sup> ne veljajo, če hčerinska družba ni švedska davčna zavezanica. Zato je čezmejno upoštevanje izgub dopustno samo na podlagi pravil o *davčni olajšavi* za skupine, ki so bila uvedena z določbami prava Unije. V skladu z njimi lahko švedska matična družba pod določenimi pogoji uveljavlja davčno olajšavo za skupine za dokončne izgube hčerinske družbe, ki jo ima v 100-odstotni lasti in je nerezidentka.<sup>8</sup> V skladu s to določbo mora imeti hčerinska družba sedež v državi EGP in mora med drugim ustrezati švedski delniški družbi.

8. Izguba je dokončna, če je niti hčerinska družba niti nihče drug v državi, v kateri ima hčerinska družba sedež, ni mogel ali je ne bo mogel uveljavljati. Nadaljnji pogoj za to je, da razlog, zaradi katerega hčerinska družba ne more uveljaviti izgube, ni, da nima pravne možnosti za to ali da je navedena možnost časovno omejena.

9. V skladu s členom 5 je za uveljavljanje davčne olajšave za skupine med drugim določen pogoj, da je bila hčerinska družba v postopku likvidacije in da je bila likvidacija končana (točka 1). Poleg tega je morala biti, kot izhaja iz predloga za sprejetje predhodne odločbe, hčerinska družba v vseh davčnih letih matične družbe in davčnih letih hčerinske družbe, dokler ni bila končana njena likvidacija,

4 Seznam sodb ni izčrpen: sodbe z dne 4. julija 2018, NN (C-28/17, EU:C:2018:526); z dne 12. junija 2018, Bevola in Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424); z dne 17. decembra 2015, Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829); z dne 3. februarja 2015, Komisija/Združeno kraljestvo (C-172/13, EU:C:2015:50); z dne 7. novembra 2013, K (C-322/11, EU:C:2013:716); z dne 21. februarja 2013, A (C-123/11, EU:C:2013:84), ter z dne 15. maja 2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278).

5 Nemško Bundesfinanzhof (zvezno finančno sodišče) celo meni, da „raven, na kateri se preizkušajo utemeljitveni razlogi (kot ‚kraj‘ preizkusa sorazmernosti in pravne pojma dokončnih izgub), ne obstaja več.“ – glej sodbo Bundesfinanzhof z dne 22. februarja 2017, I R 2/15, BStBl. II 2017, 709, točka 38).

6 Pravni pojem dokončnih izgub po mnenju več sodelavcev Sodišča ni potreben: glej na primer sklepne predloge generalnega pravobranilca P. Mengozzija, predstavljene v zadevi K (C-322/11, EU:C:2013:183, točka 66 in naslednje ter točka 87), ter moje sklepne predloge, predstavljene v zadevi Komisija/Združeno kraljestvo (C-172/13, EU:C:2014:2321, točka 41 in naslednje) ter v zadevi A (C-123/11, EU:C:2012:488, točka 50 in naslednje).

7 Poglavje 35 Inkomstskattelag (1999:1229) – zakon št. 1229 iz leta 1999 o davku od dohodkov pravnih oseb in o dohodnini.

8 Poglavje 35 a Inkomstskattelag (1999:1229).

v 100-odstotni lasti matične družbe oziroma je morala biti v 100-odstotni lasti matične družbe, odkar je začela poslovati, dokler ni bila končana njena likvidacija (točka 2). Matična družba prav tako ne sme imeti povezanih družb, ki po koncu likvidacije še naprej poslujejo v državi, v kateri ima sedež hčerinska družba (točka 5).

10. Med pripravo zakonodajnega predloga so po navedbah predložitvenega sodišča nekateri ugovarjali temu, da naj bi se predpisi uporabljali le za izgube v hčerinskih družbah v neposredni 100-odstotni lasti. Vendar je prevladalo mnenje, da bi lahko družbe, če bi se vključile tudi izgube v hčerinskih družbah v posredni lasti, izbirale, v kateri državi bodo uveljavljale izgube.

### III. Spor o glavni stvari

11. Zadeva se nanaša na predhodno mnenje Skatterättsnämnd (komisija za davčno pravo, Švedska). Predhodno mnenje temelji na tem dejanskem stanju:

12. Holmen AB (v nadaljevanju: Holmen) je matična družba skupine, ki ima hčerinske družbe v različnih državah, vključno s Španijo. Španski del skupine je – kolikor je upoštevno v obravnavanem primeru – sestavljen tako: družba Holmen ima v lasti vse deleže hčerinske družbe Holmen Suecia Holding S.L. (v nadaljevanju: HSH). Zadnjenavedena pa ima v lasti vse deleže v obeh družbah vnukinjah Holmen Paper Madrid S.L. (v nadaljevanju: HPM) in Holmen Paper Iberica S.L. (v nadaljevanju: HPI).

13. Španske družbe so od leta 2003 povezane v skupino davčnih zavezancev in so obdavčene v skladu s španskim sistemom davčne konsolidacije. V skladu s tem sistemom je mogoče dobičke in izgube subjektov, ki so člani skupine, brez omejitev medsebojno izravnati. To se izvede tako, da skupina pripravi skupni, konsolidirani obračun davka od dohodkov pravnih oseb. Neuveljavljene izgube se lahko brez časovnih omejitev prenesejo naprej in v prihodnjih letih odbijejo od morebitnih dobičkov.

14. Vendar je mogoče v Španiji od leta 2011 z izgubami iz prejšnjih let izravnati le še del dobičkov, ustvarjenih v določenem letu. Izgube, ki jih zaradi te spremembe ni mogoče odbiti, se kot druge neuveljavljene izgube prenesejo v naslednje leto. Če skupina davčnih zavezancev zaradi prenehanja enega od subjektov v skupini preneha obstajati, se morebitne preostale izgube pripišejo družbam, v katerih so nastale. V letu likvidacije nobeden od subjektov ne more uveljavljati izgub, razen tistega subjekta, v katerem so te izgube nastale.

15. Španski del skupine Holmen je ustvaril izgubo. Največji del izgub je nastal v družbi vnukinji HPM. Ta družba je od leta 2003 ustvarila izgubo iz poslovanja, povezano z dejavnostjo v Španiji, v višini približno 140 milijonov EUR. Dobički, ki jih je ustvaril španski del skupine v obdobju, na katero se nanaša zahtevk (od leta 2003), niso bistveni. Družba Holmen zdaj namerava likvidirati svoje družbe v Španiji. Postopek likvidacije se je začel leta 2016 s prodajo večine premoženja družbe HPM zunanjemu kupcu.

16. V predhodnem mnenju, za izdajo katerega je bil vložen zahtevk, je treba ugotoviti, ali ima družba Holmen po koncu likvidacije pravico uveljavljati davčno olajšavo za skupine za izgube, ki jih je ustvarila družba HPM (to je družba vnukinja družbe Holmen). V predhodnem mnenju sta obravnavani dve možnosti likvidacije.

17. V skladu s prvo možnostjo bi bile družba vnukinja HPI, družba vnukinja HPM in hčerinska družba HSH likvidirane v istem davčnem letu in v navedenem vrstnem redu. V skladu z drugo možnostjo bi se hčerinska družba HSH z obratno združitvijo pripojila k dosedanji družbi vnukinji HPM, nato pa bi bila družba HPM (ki bi bila takrat hčerinska družba) likvidirana.

18. V skladu z obema možnostma skupina med postopkom likvidacije ne bi več opravljala dejavnosti in po izvedbi ukrepov ne bi več imela družb v Španiji. Skupina v prihodnosti tudi ne bi več poslovala v Španiji.

19. Skatterättsnämnd (komisija za davčno pravo) je odločila, da družba Holmen v primeru likvidacije v skladu s prvo možnostjo nima pravice uveljavljati davčne olajšave za skupine za izgube družbe vnukinje HPM. Nasprotno naj bi imela družba Holmen v primeru likvidacije v skladu z drugo možnostjo pravico uveljavljati davčno olajšavo za skupine za dokončne izgube družbe HPM, ki bi bila v tem primeru njena hčerinska družba.

20. Skatterättsnämnd (komisija za davčno pravo) je predhodno mnenje, kar zadeva prvo možnost, obrazložila v glavnem s tem, da družba HSH (kot hčerinska družba) v Španiji nima *pravne* možnosti uveljavljanja izgub družbe vnukinje (HPM). To pomeni, da naj izgub ne bi bilo mogoče šteti za dokončne izgube v smislu sodne prakse Sodišča. Tega, da se je švedski matični družbi Holmen odrekla pravica do uveljavljanja davčne olajšave za skupine za izgube, naj zato ne bi bilo mogoče šteti za nesorazmerno in naj torej tudi ne bi bilo v nasprotju s pravom Unije.

21. Skatterättsnämnd (komisija za davčno pravo) je odločitev, kar zadeva drugo možnost, obrazložila v glavnem s tem, da ima družba HPM (ki bi bila v tem primeru hčerinska družba v neposredni lasti) v postopku obdavčitve v Španiji pravno možnost, da uveljavi vsaj del obravnavanih izgub. Zaradi tega, ker naj subjekti v Španiji, z izjemo družbe HPM, po prenehanju obstoja skupine davčnih zavezancev ne bi več imeli možnosti uveljavljanja izgub, naj bi bile te izgube dokončne. Vsaj del obravnavanih izgub naj bi bilo torej mogoče obravnavati kot dokončne izgube v smislu sodne prakse Sodišča.

22. Skatteverk (davčni urad, Švedska) in vlagateljica zahtevka, družba Holmen, sta zoper predhodno mnenje vložila tožbo pri Högsta förvaltningsdomstol (višje upravno sodišče, Švedska).

#### IV. Predlog za sprejetje predhodne odločbe in postopek pred Sodiščem

23. Högsta förvaltningsdomstol (višje upravno sodišče), ki obravnava spor, je Sodišču predložilo ta vprašanja:

- „1. Ali mora biti hčerinska družba v neposredni lasti matične družbe, da bi matična družba v eni državi članici imela pravico – ki med drugim izhaja iz zadeve Marks & Spencer in ki je določena s členom 49 PDEU – da odbije dokončne izgube v hčerinski družbi, ki je v drugi državi članici?
2. Ali je treba ta del izgube, ki ga zaradi predpisov v državi, kjer je hčerinska družba, ni bilo mogoče izravnati z dobički, ustvarjenimi v tej državi v posameznem letu, temveč ga je bilo mogoče prenesti naprej, tako da bi ga bilo mogoče odbiti v prihodnjem letu, šteti za dokončen?
3. Ali je treba pri presoji, ali je izguba dokončna, upoštevati dejstvo, da je v skladu s predpisi v državi, kjer je hčerinska družba, možnost za stranke, razen stranke, ki je to izgubo sama ustvarila, da odbijejo izgubo, omejena?
4. Če je treba upoštevati omejitev, kakršna je navedena v tretjem vprašanju, ali je treba upoštevati obseg, v katerem je omejitev dejansko povzročila, da dela izgub ni mogoče izravnati z dobički, ki jih je ustvarila druga stranka?“

24. V postopku pred Sodiščem so pisna stališča o teh vprašanjih predložile družba Holmen, Kraljevina Švedska, Zvezna republika Nemčija, Kraljevina Nizozemska, Republika Finska in Evropska komisija. Obravnave, ki je potekala 24. oktobra 2018, so se udeležili davčni urad, družba Holmen, Kraljevina Švedska, Zvezna republika Nemčija, Republika Finska in Evropska komisija.

## V. Pravna presoja

### A. Svoboda ustanavljanja in dokončne izgube družbe vnukinje

25. Predložitveno sodišče s prvim vprašanjem za predhodno odločanje – ki se nanaša na razlago sodbe v zadevi Marks & Spencer – v bistvu sprašuje, ali svoboda ustanavljanja (člen 49 PDEU v povezavi s členom 54 PDEU) Švedski nalaga upoštevanje izgub, ki jih je ustvarila družba vnukinja, ki ima sedež v Španiji in ki jo je treba likvidirati v Španiji. To vprašanje se postavlja zato, ker je bilo mogoče po eni strani zaradi španske davčne zakonodaje izravnati samo del teh izgub in bi ostale izgube zaradi likvidacije zdaj pri španski družbi vnukinji ostale neupoštevane. Po drugi strani pa Švedska nikoli ni mogla obdavčiti morebitnih dobičkov družbe vnukinje.

26. Zato se postavlja vprašanje, ali lahko družba Holmen v obravnavanem primeru prevzame dokončne izgube družbe vnukinje. Tudi drugo, tretje in četrto vprašanje za predhodno odločanje se nanašajo na dokončnost teh izgub, tako da je mogoče na vsa vprašanja pretežno odgovoriti skupaj.

27. Najprej je treba preizkusiti, ali neupoštevanje izgub družb vnukinj s sedežem v tujini pomeni omejitev svobode ustanavljanja.

28. Svoboda ustanavljanja, ki jo člen 49 PDEU priznava državljanom Evropske unije, v skladu s členom 54 PDEU zajema – za družbe, ustanovljene v skladu z zakonodajo posamezne države članice, ki imajo registrirani sedež, glavno upravo ali glavni kraj poslovanja v Uniji – pravico opravljanja dejavnosti v drugi državi članici prek hčerinske družbe, podružnice ali agencije.

29. V skladu z ustaljeno sodno prakso je treba kot omejitve svobode ustanavljanja obravnavati vse ukrepe, ki prepovedujejo, otežujejo ali zmanjšujejo privlačnost uresničevanja te svoboščine.<sup>9</sup>

30. Da je davčna zakonodaja države članice v nasprotju s svobodo ustanavljanja družb, je potrebno, da iz nje izhaja različno obravnavanje v škodo družb, ki izvršujejo to svobodo, da se zadevno različno obravnavanje nanaša na objektivno primerljive položaje in da ni upravičeno z nujnim razlogom v splošnem interesu ali da glede na ta cilj ni sorazmerno.<sup>10</sup>

### B. Primerljivost in različno obravnavanje družb vnukinj nerezidentk in družb vnukinj rezidentk

31. Na podlagi švedskega prava lahko družbe, ki so del iste skupine in ki so obdavčene na Švedskem, s prenosom znotraj skupine med seboj izravnajo vse izgube. Pri družbah, ki so del skupine ter imajo sedež v tujini in njihovi dohodki niso obdavčeni na Švedskem, je medsebojna izravnava izgub mogoča, če je hčerinska družba v neposredni lasti švedske matične družbe. To pomeni, da izravnava izgub z družbami vnukinjami, ki imajo sedež v tujini in niso obdavčene na Švedskem, ni mogoča. S tem je podano različno obravnavanje.

32. To različno obravnavanje lahko povzroči, da je izvrševanje svobode ustanavljanja z ustanavljanjem družb vnukinj v drugih državah članicah manj privlačno. Vendar to različno obravnavanje ni združljivo z določbami Pogodbe le, če zadeva objektivno primerljive položaje.

<sup>9</sup> Sodbe z dne 29. novembra 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, točka 36); z dne 21. maja 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331, točka 34), ter z dne 16. aprila 2015, Komisija/Nemčija (C-591/13, EU:C:2015:230, točka 56 in navedena sodna praksa).

<sup>10</sup> Glej v tem smislu sodbe z dne 4. julija 2018, NN (C-28/17, EU:C:2018:526, točka 18); z dne 25. februarja 2010, X Holding (C-337/08, EU:C:2010:89, točka 20), ter z dne 12. decembra 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, EU:C:2006:774, točka 167).

33. Opozoriti je treba, da je treba v skladu s sodno prakso Sodišča primerljivost čezmejnega položaja z notranjim položajem preučiti ob upoštevanju cilja zadevnih nacionalnih določb.<sup>11</sup> Predložitveno sodišče navaja, da izključitev družb vnukinj nerezidentk temelji na premisleku, da bi lahko vodstvo skupine v nasprotnem primeru izbiralo, v kateri državi se bodo uveljavljale izgube družbe vnukinje. Tu bi prišla v poštev na primer država članica hčerinske družbe ali država članica matične družbe.

34. Nemčija meni, da položaja v obravnavanem primeru nista primerljiva. To utemeljuje s sklicevanjem na sodbo Sodišča v zadevi Timac Agro Deutschland<sup>12</sup> in moje sklepne predloge, predstavljene v zadevi Komisija/Združeno kraljestvo.<sup>13</sup>

35. Doslej je Sodišče o primerljivosti stalnih poslovnih enot rezidentk s stalnimi poslovnimi enotami nerezidentkami odločalo glede na to, ali zadevna država članica izvaja tudi davčno pristojnost glede stalne poslovne enote nerezidentke. Tako je izrecno odločilo<sup>14</sup>: „V obravnavanem primeru je treba ugotoviti, da ker Zvezna republika Nemčija ne izvaja nobene davčne pristojnosti glede poslovnega izida take stalne poslovne enote, saj odbitje teh izgub v Nemčiji ni več dovoljeno, položaj stalne poslovne enote v Avstriji ni primerljiv s položajem stalne poslovne enote v Nemčiji z vidika ukrepov, ki jih je Zvezna republika Nemčija določila zaradi izogibanja ali zmanjševanja dvojnega obdavčevanja dobička družbe rezidentke.“ Ta utemeljitev bi lahko veljala tudi za družbe vnukinj, ki imajo sedež v tujini in niso obdavčene v državi, v kateri ima sedež matična družba.

36. Vendar obstaja ustaljena sodna praksa Sodišča o čezmejni uporabi izgub med hčerinskimi in matičnimi družbami, pri katerih je Sodišče molče ali izrecno pritrdilo primerljivosti.<sup>15</sup>

37. Poleg tega je Sodišče pred kratkim v zadevi Bevola v zvezi z dokončnimi izgubami stalne poslovne enote nerezidentke ponovno izrecno odločilo, da so obdavčene stalne poslovne enote rezidentke in neobdavčene stalne poslovne enote nerezidentke primerljive.<sup>16</sup> To mora potem najbrž še toliko bolj veljati za obdavčene družbe vnukinj rezidentke in neobdavčene obvladovane družbe vnukinj nerezidentke.

38. Končno merilo primerljivosti ni natančno. Zaradi dejstva, da so vsi položaji z nekega vidika primerljivi, če niso enaki,<sup>17</sup> bi bilo treba tako in tako prenehati uporabljati ta preizkus.<sup>18</sup>

39. Glede na navedeno je torej treba zavzeti stališče, da sta obravnavana položaja primerljiva. Razlike med družbo vnukinjo nerezidentko in družbo vnukinjo rezidentko – v obravnavanem primeru je to asimetrija med obdavčevanjem dobičkov in upoštevanjem izgub<sup>19</sup> – je treba upoštevati šele pri preizkusu upravičenosti. Torej gre za omejitev svobode ustanavljanja.

11 Sodbe z dne 4. julija 2018, NN (C-28/17, EU:C:2018:526, točka 31); z dne 12. junija 2018, Bevola in Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, točka 32); z dne 22. junija 2017, Bechtel (C-20/16, EU:C:2017:488, točka 53); z dne 12. junija 2014, SCA Group Holding in drugi (od C-39/13 do C-41/13, EU:C:2014:1758, točka 28), ter z dne 25. februarja 2010, X Holding (C-337/08, EU:C:2010:89, točka 22).

12 Sodba z dne 17. decembra 2015 (C-388/14, EU:C:2015:829, točka 65), v kateri se sklicuje na sodbi z dne 17. julija 2014, Nordea Bank (C-48/13, EU:C:2014:2087, točka 24), ter z dne 14. decembra 2006, Denkavit Internationaal in Denkavit France (C-170/05, EU:C:2006:783, točki 34 in 35).

13 C-172/13, EU:C:2014:2321, točka 26, čeprav sem v tem konkretnem primeru pritrdila primerljivosti (glej točko 29).

14 Sodba z dne 17. decembra 2015, Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829, točka 65), v kateri se sklicuje na sodbi z dne 17. julija 2014, Nordea Bank (C-48/13, EU:C:2014:2087, točka 24), ter z dne 14. decembra 2006, Denkavit Internationaal in Denkavit France (C-170/05, EU:C:2006:783, točki 34 in 35).

15 Sodbe z dne 4. julija 2018, NN (C-28/17, EU:C:2018:526, točka 35); z dne 3. februarja 2015, Komisija/Združeno kraljestvo (C-172/13, EU:C:2015:50, točka 22 in naslednje); z dne 21. februarja 2013, A (C-123/11, EU:C:2013:84, točka 35), in z dne 13. decembra 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, točka 27 in naslednje).

16 Sodba z dne 12. junija 2018, Bevola in Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, točki 38 in 39).

17 Nemški pregovor sicer pravi, da ni mogoče primerjati jabolk s hruškami. Vendar imajo tudi jabolka in hruške skupne značilnosti (pri obeh gre za pečkato sadje) in so zato glede tega tudi primerljivi.

18 To sem Sodišču predlagala že v svojih sklepnih predlogih, predstavljenih v zadevi Nordea Bank (C-48/13, EU:C:2014:153, točke od 21 do 28).

19 Glej v zvezi s tem izrecno sodbi z dne 6. septembra 2012, Philips Electronics (C-18/11, EU:C:2012:532), in z dne 15. maja 2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, točka 33).

### **C. Utemeljitev**

40. Omejitev svobode ustanavljanja je dopustna, če jo upravičujejo nujni razlogi v splošnem interesu. Utemeljitveni razlogi so lahko v obravnavanem primeru zaščita enakomerne porazdelitve davčne pristojnosti med različnimi zadevnimi državami članicami in preprečevanje dvakratnega uveljavljanja izgub (čeprav so bili dohodki obdavčeni samo enkrat).<sup>20</sup> Poleg tega mora biti ukrep primeren za zagotavljanje uresničitve zadevnega cilja in ne sme presežati tega, kar je potrebno za doseg tega cilja.<sup>21</sup>

41. V skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišča o „dokončnih“ izgubah je nesorazmerno, če država članica zavrne zahtevek matične družbe za uveljavljanje izgub, čeprav je hčerinska družba nerezidentka izčrpala vse možnosti uveljavljanja izgub in ni več možnosti, da bi se lahko te izgube še kakor koli upoštevale. Davčni zavezanec mora dokazati, da so izpolnjeni ti pogoji.<sup>22</sup> Vendar likvidacija, do katere bi prišlo po združitvi, ne bi mogla sama po sebi dokazovati neobstoja vsakršne možnosti uveljavljanja izgub, ki obstajajo v državi članici, v kateri je hčerinska družba rezidentka.<sup>23</sup>

#### *1. Utemeljitveni razlog preprečevanja dvakratnega uveljavljanja izgub*

42. Dvakratno uveljavljanje izgub se v obravnavanem primeru ne zdi mogoče. Družba Holmen je, kot je razvidno iz predhodnega mnenja, prenehala opravljati vse gospodarske dejavnosti in tudi nima več nobenih ekonomskih dobrin, ki bi jih lahko novočila. Ostale so ji samo še izgube iz prejšnjih poslovnih let in nad njo naj bi bil izveden postopek likvidacije. Ker imata hčerinska družba in družba vnukinja sedež v isti državi članici in hčerinska družba na podlagi španske davčne zakonodaje ne more uveljavljati izgub, tudi ni nevarnosti, da bi se lahko izgube družbe vnukinje uveljavljale dvakrat, v matični in v hčerinski družbi.

43. Če pa ni nevarnosti, da bi se izgube uporabile dvakrat, ta utemeljitveni razlog ni upošteven.

#### *2. Utemeljitveni razlog zaščite enakomerne porazdelitve davčne pristojnosti*

44. Glede enakomerne porazdelitve davčne pristojnosti med državami članicami je treba opozoriti, da je to legitimen cilj, ki ga Sodišče priznava,<sup>24</sup> zaradi katerega se lahko zgodi, da je treba za gospodarske dejavnosti davčnih zavezancev s sedežem v eni od teh držav članic uporabljati samo davčna pravila te države članice tako glede dobičkov kot tudi izgub.<sup>25</sup>

<sup>20</sup> Sodba z dne 13. decembra 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, točka 43 in naslednje).

<sup>21</sup> Sodbe z dne 29. novembra 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, točka 42); z dne 12. septembra 2006, Cadbury Schweppes in Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, točka 47), ter z dne 13. decembra 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, točka 35).

<sup>22</sup> Sodba z dne 13. decembra 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, točki 55 in 56).

<sup>23</sup> Sodba z dne 21. februarja 2013, A (C-123/11, EU:C:2013:84, točki 51 in 52).

<sup>24</sup> Sodbe z dne 7. novembra 2013, K (C-322/11, EU:C:2013:716, točka 50); z dne 29. novembra 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, točka 45), in z dne 6. septembra 2012, Philips Electronics (C-18/11, EU:C:2012:532, točka 23); sodba z dne 13. decembra 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, točki 45 in 46).

<sup>25</sup> Sodbe z dne 7. novembra 2013, K (C-322/11, EU:C:2013:716, točka 50); z dne 15. maja 2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, točka 31); z dne 18. julija 2007, Oy AA (C-231/05, EU:C:2007:439, točka 54), in z dne 13. decembra 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, točka 45).

45. Vendar v obravnavanem primeru zaradi tega utemeljitvenega razloga opredelitev kot dokončne izgube, ki jih je treba upoštevati, ni možna iz treh razlogov: prvič, če bi se upoštevale izgube, ki jih je družba vnukinja v Španiji ustvarila v daljšem obdobju, bi bilo to v nasprotju z davčno avtonomijo držav članic (točka 46 in naslednje). Drugič, pogoj, da je pravno sicer mogoče uporabiti izgube, dejansko pa ne, v obravnavanem primeru ni izpolnjen (točka 57 in naslednje). Tretjič, družba načeloma ne more imeti dokončnih izgub v razmerju do matične družbe, ki ima to družbo v posredni lasti (to je položaj družbe vnukinje) (v zvezi s tem točka 73 in naslednje).

*a) Upoštevanje davčne avtonomije držav članic*

46. Kot je Sodišče že odločilo, temeljne svoboščine državi članici, v kateri ima navedena matična družba sedež, ne morejo naložiti, da ji prizna uveljavljanje izgub v znesku, ki izhajajo izključno iz davčnega sistema druge države članice, sicer se tvega, da se davčna avtonomija prve države članice omeji z izvajanjem davčne pristojnosti druge države članice.<sup>26</sup>

47. Zato – kot je Sodišče izrecno odločilo<sup>27</sup> – „to, da so izgube hčerinske družbe nerezidentke končne v smislu točke 55 sodbe Marks & Spencer<sup>28</sup>, ne more izhajati iz tega, da država članica, v kateri ima navedena hčerinska družba sedež, izključuje kakršno koli možnost prenosa izgub.“<sup>29</sup> To bi namreč pomenilo, da mora ena država članica prilagoditi svojo davčno zakonodajo davčni zakonodaji druge države članice.

48. Če v skladu s sodno prakso Sodišča<sup>30</sup> to, da so izgube končne, ne more izhajati iz tega, da država članica, v kateri ima navedena hčerinska družba sedež, izključuje kakršno koli možnost prenosa izgub, potem mora to veljati tudi za izključitev prenosa izgub na tretjo osebo. Enako velja za prenehanje prenosa izgub. V obeh primerih se prepreči uporaba izgub v prihodnosti – enkrat jo prepreči davčni zavezanec, drugič pa tretja oseba. Zato je tudi treba enako obravnavati ta položaja.

49. Kot sem navedla že zgoraj v točki 41 in naslednjih, je torej treba v skladu s sodno prakso Sodišča, preden se pritrdi obstoju tako imenovanih dokončnih izgub, preizkusiti, ali teh ne bi bilo mogoče predhodno uveljavljati s prenosom na tretje osebe. Tretje osebe so lahko samo tuji pridobitelji ali druge skupine družb. Če to ni mogoče, ker to na podlagi španske davčne zakonodaje – v obravnavanem primeru zaradi likvidacije, katere posledica je konec konsolidacije španskega dela skupine – ni dopustno, pa zaradi te *pravne* izključitve izravnave izgub ni mogoče trditi, da zdaj obstajajo dokončne izgube.

50. Sodišče je tako in tako že odločilo, da to, da se izguba, ki se lahko izravna čezmejno, vedno na koncu davčnega obdobja opredeli kot dokončna izguba, ni v nasprotju s temeljnimi svoboščinami.<sup>31</sup> To pomeni, da nobena izguba, ki se lahko prenese, vsaj na začetku<sup>32</sup> ni dokončna.

51. Te nakopičene (prenesene) izgube, ki se v enem letu štejejo za nedokončne (ker se lahko prenesejo ali jih na podlagi nacionalne zakonodaje ni bilo dopustno izravnati), pozneje ne morejo postati dokončne izgube, ker jih zaradi likvidacije ni več mogoče prenesti v naslednje leto.

26 V tem smislu že sodbi z dne 21. decembra 2016, Masco Denmark in Damixa (C-593/14, EU:C:2016:984, točka 41), ter z dne 30. junija 2011, Meilicke in drugi (C-262/09, EU:C:2011:438, točka 33).

27 Sodba z dne 3. februarja 2015, Komisija/Združeno kraljestvo (C-172/13, EU:C:2015:50, točka 33).

28 Sodba z dne 13. decembra 2005 (C-446/03, EU:C:2005:763).

29 Glej sodbo z dne 7. novembra 2013, K (C-322/11, EU:C:2013:716, točke od 75 do 79 in navedena sodna praksa).

30 Sodbi z dne 3. februarja 2015, Komisija/Združeno kraljestvo (C-172/13, EU:C:2015:50, točka 33), in z dne 17. decembra 2015, Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829, točka 54).

31 Sodba z dne 3. februarja 2015 (C-172/13, EU:C:2015:50, točki 31 in 36).

32 Zato Zvezna republika Nemčija meni, da je treba za tako imenovano dokončno izgubo šteti samo izgubo, ki nastane v zadnjem letu, ker je dejansko ni mogoče prenesti, medtem ko prenesene izgube ne morejo več izgubiti značaja nedokončnih izgub.



52. V nasprotnem primeru bi bile dejavnosti v Španiji, ki bi sprva prinesle dobiček, obdavčene samo v Španiji, dejavnosti, ki bi v nadaljevanju prinesle izgubo, pa bi bile financirane iz davčnih prihodkov držav, v katerih imajo sedež matične družbe skupin. To bi bilo v nasprotju z zaščito enakomerne porazdelitve davčne pristoynosti.

53. To postane še posebej jasno na podlagi španske ureditve, ki je upoštevna v obravnavanem primeru, v skladu s katero se prenesene izgube od leta 2011 upoštevajo samo delno, tudi če ima davčni zavezanec v tem letu zadosten dobiček, ki ga je Španija tudi obdavčila. Razlog za to, da te izgube še obstajajo, je predvsem pravna omejitev izravnave izgub, ki jo je izvedla Španija leta 2011. Švedski davčni ureditvi se ni treba prilagoditi tej omejitvi (načelo avtonomije).

54. Prav tako se značaj nedokončne izgube pri prenosu na tretjo osebo (v obravnavanem primeru matično družbo skupine v Španiji) pozneje ne spremeni samo zato, ker država članica ne dovoli več prenosa izgub. Nasprotno, načelo avtonomije nasprotuje temu, da bi izgube, ki se v posameznem davčnem obdobju štejejo za nedokončne, v poznejšem davčnem obdobju zaradi posebnosti nacionalnega prava v drugi državi članici ponovno postale dokončne izgube.

55. Podobno je Sodišče v sodbi Komisija/Združeno kraljestvo zavzelo stališče, da izgube, ki so bile že opredeljene kot nedokončne, naknadno ne morejo več postati dokončne.<sup>33</sup> Vsekakor navedbe v tej sodbi nakazujejo, da je treba dopustiti, da se lahko še nekako (čezmejno) izravna kvečjemu izguba, ki jo je hčerinska družba ustvarila v zadnjem letu likvidacije, ne pa izgube, ki so se nakopičile do takrat in so bile prenesene na podlagi nacionalnega (v obravnavanem primeru španskega) prava.<sup>34</sup>

56. Ker obravnavane izgube, ki so predmet spora, obstajajo samo zaradi španske zakonodaje, to niso dokončne izgube družbe vnukinje.

*b) Ali je treba razlikovati med dejansko in pravno dokončnostjo?*

57. Zato skoraj vsi udeleženci postopka pri presoji dokončnosti izgube razlikujejo med izgubami, ki jih pravno in dejansko ni mogoče uporabiti (to so dokončne izgube).

58. Izgube, ki jih ni mogoče uporabiti zato, ker v državi članici, v kateri so nastale, pravno niso priznane ali jih zaradi pravnih omejitev ni mogoče uporabiti (na primer jih ni mogoče prenesti v naslednje ali preteklo leto), naj ne bi bile dokončne izgube v smislu sodne prakse Sodišča. Za dokončne izgube bi bilo mogoče šteti le izgube, ki bi jih bilo pravno sicer mogoče uporabiti, dejansko pa jih v prihodnosti ni mogoče uporabiti. Ta razlaga je prepričljiva zaradi davčne avtonomije (točka 46 in naslednje).

59. Vendar se mi poraja dvom, ali so izgube, ki jih je pravno mogoče uporabiti, dejansko pa jih ni mogoče uporabiti, sploh možne. To bi rada ponazorila s primerom. Edini primer, pri katerem bi kljub neomejeni možnosti prenosa izgub v naslednje in preteklo leto ostala izguba, bi bil primer povsem deficitnega podjetja, ki ni nikoli ustvarilo zadostnega dobička, tudi potem ko je odsvojilo vse ekonomske dobrine. V tem primeru tudi izguba lanskega leta kljub možnosti prenosa izgube v preteklo leto (dejansko) ne bi mogla imeti učinka.

<sup>33</sup> Glej sodbo z dne 3. februarja 2015, Komisija/Združeno kraljestvo (C-172/13, EU:C:2015:50, točka 37).

<sup>34</sup> Tako nekateri tudi razumejo Sodišče Evropske unije – glej stališče Nemčije v tem postopku in, na primer, B. David Eisendle, „Grenzüberschreitende Verlustverrechnung im Jahre 11 nach Marks & Spencer“, *ISR* 2016, 37 (42).

60. Vendar bi se lahko te izgube z odsvojitvijo podjetja tudi v tem primeru še vedno nazadnje prenesle na kupca,<sup>35</sup> če je to dopustno v skladu z zakonodajo države članice, v kateri ima podjetje sedež. Kupec bi upošteval vrednost izgub pri kupnini, ki bi jo plačal za podjetje, tako da bi prodajalec v tem smislu „uveljavil“ te izgube.

61. Če vsakokratna pravna ureditev omogoča prenos izgub na druge osebe, je uporaba teh izgub vedno tudi dejansko mogoča. V posameznem primeru morda ni posebno uspešna, ker pridobitelj deficitnega podjetja za tako podjetje verjetno ne bo odštel veliko denarja. Vendar to ne spremeni tega, da se lahko te izgube dejansko uporabijo.

62. To pomeni, da je podlaga za dokončnost izgub tudi v tem primeru pravna ureditev države članice (izključitev kakršne koli možnosti prenosa izgub) ali odločitev davčnega zavezanca, da družbe ne bo odsvojil, ampak jo bo likvidiral. V nobenem od teh dveh primerov pa ni razumljivo, zakaj naj bi bilo to, da druga država članica ne upošteva izgub, potem nesorazmerno. Tudi Sodišče ne zahteva brez razloga, da morajo biti vse možnosti uveljavljanja izgub izčrpane. Mednje spada tudi prenos izgub na tretjo osebo s prodajo.

63. Družba Holmen je na obravnavi potrdila, da je premišljevala o tem, vendar se je nato odločila za likvidacijo. Tudi zato je mogoče ugotoviti, da pri družbi Holmen ne gre za dokončne izgube.

#### ***D. Ali gre za dokončne izgube v smislu sodbe v zadevi Bevola?***

64. Ta ugotovitev tudi ni v nasprotju z nedavno sodbo v zadevi Bevola<sup>36</sup>. Po eni strani je Sodišče v tej sodbi „samo“ preneslo izjemo iz zadeve Marks & Spencer na „dokončne“ izgube stalnih poslovnih enot in ni podvomilo v zgornje omejitve.<sup>37</sup> Zlasti ni podrobneje obravnavalo vprašanja, kdaj gre za dokončne izgube.

65. Po drugi strani Sodišče v tej novejši sodbi v ključnih točkah<sup>38</sup> utemeljuje svojo odločitev z načelom plačilne zmožnosti. To je lahko v položaju, v katerem gre za stalne poslovne enote, še razumljivo, saj stalne poslovne enote v pravnem smislu niso samostojen del podjetja davčnega zavezanca. Vendar ta utemeljitev pri hčerinskih družbah in družbah vnukinjah ne bi učinkovala. Te so samostojne pravne osebe, ki so samostojne tudi, kar zadeva njihovo finančno zmožnost (če finančno zmožnost razumemo kot zmožnost plačevati davke na podlagi prihodkov).<sup>39</sup> Sodišče – pravilno – ni odločilo, da je treba za pravilno obdavčitev plačilne zmožnosti matične družbe upoštevati izgube hčerinske družbe.

66. Konsolidacija na ravni skupine z vidika davčnega prava prej pomeni odstopanje od načela plačilne zmožnosti, ker se sešteje plačilna zmožnost več pravnih subjektov. Zato vključitve dodatnih pravnih subjektov vsekakor ni mogoče utemeljiti z načelom obdavčitve na podlagi plačilne zmožnosti.

67. Nasprotno, če država članica upošteva samo eno stran (to pomeni samo prihodke ali samo odhodke), je to celo prej v nasprotju z načelom obdavčitve na podlagi plačilne zmožnosti. Poleg tega, kolikor vem, niti v davčnem pravu niti v pravu Unije ni splošnega načela, v skladu s katerim bi bilo treba na koncu življenjskega cikla pravne osebe nekako izravnati vse izgube. Zlasti načelo plačilne zmožnosti v obravnavanem primeru ne določa obveznosti izvoza izgub v druge države članice.

35 To možnost na primer izrecno omenja Sodišče EU v sodbi z dne 21. februarja 2013, A (C-123/11, EU:C:2013:84, točka 52 in naslednje).

36 Sodba z dne 12. junija 2018, Bevola in Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, točka 61 in naslednje).

37 Nasprotno, Sodišče je izrecno naročilo nacionalnemu sodišču, naj ugotovi, ali so pogoji za opredelitev kot dokončne izgube sploh izpolnjeni – glej sodbo z dne 12. junija 2018, Bevola in Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, točka 65).

38 Sodba z dne 12. junija 2018, Bevola in Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, točki 39 in 59); glej tudi sodbo z dne 4. julija 2018, NN (C-28/17, EU:C:2018:526, točka 35).

39 Če bi zavzeli stališče, da je čezmejna plačilna zmožnost skupin pravno upoštevana, bi s tem verjetno predvsem omogočili velikim mednarodnim skupinam nove perspektive glede oblikovanja. Zato je vprašljiva sodba z dne 4. julija 2018, NN (C-28/17, EU:C:2018:526, točka 35).

68. Torej tudi na podlagi sodbe Bevola v obravnavanem primeru ni dokončnih izgub, ki jih je mogoče odbiti in izvoziti iz Španije na Švedsko.

### ***E. Vmesni predlog ob upoštevanju „pravičnega notranjega trga“***

69. Ta predlog, ki je izpeljan iz sodne prakse, je prepričljiv tudi z vidika „pravičnega“ notranjega trga, ki je zaradi tako imenovane razprave BEPS<sup>40</sup> spet malce bolj v središču pozornosti. Zaradi možnosti čezmejne izravnave dokončnih izgub bi bile namreč prav v obravnavanem posebnem položaju predvsem velike skupine, ki poslujejo čezmejno, v primerjavi z manjšimi podjetji (ki praviloma ne poslujejo čezmejno) v boljšem položaju. Če na primer družba Holmen ve, da lahko konec koncev izravna vse nakopičene izgube iz španskega poslovnega modela z dobički, ustvarjenimi na Švedskem, lahko, ko poskuša najti svoje mesto na španskem trgu, v konkurenci nastopi povsem drugače kot njen španski tekmeč, ki mora pričakovati, da njegove izgube ne bodo upoštevane, če bo prenehal opravljati dejavnost v Španiji. Družbo Holmen bi „španske izgube“ obremenile precej manj kot tekmečca rezidenta, ki ni del ustrezne skupine.

70. Ob upoštevanju navedenega in ob dosledni uporabi sodne prakse Sodišča (glej točko 41 in naslednje ter navedeno sodno prakso) torej prihajam do tega zaključka: če v državi, v kateri ima sedež družba vnukinja, pravno ni mogoče uporabiti izgub, ne gre za dokončne izgube. Če je mogoče uporabiti izgube v državi, v kateri ima sedež družba vnukinja, mora davčni zavezanec izčrpati te možnosti. Med te možnosti spada, kot je razvidno iz sodbe Marks & Spencer<sup>41</sup>, tudi uveljavitev izgub s prenosom na tretjo osebo, do katere v obravnavanem primeru ni prišlo.

71. To pomeni, da v obravnavanem primeru to, da Švedska ne dovoli izravnave izgub družbe vnukinje, ki ima sedež v tujini in na Švedskem ni obdavčena, ni nesorazmerno.

### ***F. Odgovori na posamezna vprašanja***

72. S tem prihajam do konkretnih odgovorov na posamezna vprašanja.

#### ***1. Prvo vprašanje: zahteva po neposredni udeležbi***

73. Predložitveno sodišče s prvim vprašanjem za predhodno odločanje v bistvu sprašuje, ali je treba izgube družbe vnukinje, ki ima sedež v Španiji in jo je treba likvidirati v Španiji, šteti za dokončne izgube. Odgovor na to vprašanje je nikalen.

74. V skladu z izjemo za dokončne izgube iz zadeve Marks & Spencer se pri dokončnih izgubah sicer ne razlikuje med hčerinskimi družbami in družbami vnukinjami. Zato bi lahko v skladu z njo na prvi pogled izravnali izgube z dokončnimi izgubami družbe vnukinje tako matična družba skupine kot tudi vmesna hčerinska družba.

<sup>40</sup> Pri tem gre, poenostavljeno povedano, za davčno načrtovanje tako imenovanih multinacionalk, ki imajo v okviru dosedanjih davčnih sistemov (pravno zakonite) možnosti za zmanjševanje davčnih osnov v državah z visoko obdavčitvijo in preusmerjanje dobičkov v države z nizko obdavčitvijo (Base Erosion and Profit Shifting).

<sup>41</sup> Sodba z dne 13. decembra 2005 (C-446/03, EU:C:2005:763, točka 55).

75. Sicer je bila tudi sodba v zadevi Marks & Spencer izdana na podlagi položaja, v katerem je šlo za verigo posredne udeležbe, na kar družba Holmen in Komisija pravilno opozarjata. Družba vnukinja, matična družba (holding) in družba babica (matična družba skupine) so imele v tem primeru sedeže celo v treh različnih državah članicah. Vendar je to razvidno samo iz predloga za sprejetje predhodne odločbe in sklepnih predlogov generalnega pravobranilca.<sup>42</sup> V sodbi to ni navedeno niti v dejanskem stanju niti tega ne omenja Sodišče.

76. Vendar se mi zdi v nasprotju s stališčem Komisije ter v skladu s stališči Nizozemske in Švedske pretirana ugotovitev, da je iz tega mogoče izpeljati, da je Sodišče molče odločilo, da je treba matični družbi skupine omogočiti tudi uveljavljanje (dokončnih) izgub družbe vnukinje. Sodišču namreč v tej zadevi ni bilo treba podrobneje obravnavati tega vprašanja, saj mu tudi ni bilo predloženo vprašanje v zvezi s tem.

77. Predvsem pa bi bila posledica takega pogleda, da bi imela skupina pravico izbrati, v kateri državi članici katere hčerinske ali matične družbe znotraj skupine bo uveljavljala „dokončne“ izgube družb vnukinj.

78. Zlasti če bi imele vse tri družbe sedež v različnih državah članicah in bi obstajali ustrezni dobički, ki jih je mogoče izravnati, bi bila ta pravica do izbire z vidika optimiranja davčne obremenitve skupine pomembna. Take pravice do izbire pa, kot pravilno menijo države članice, ki so udeležene v postopku, ne sme biti. Taka pravica bi ogrozila tudi zaščito enakomerne porazdelitve davčne pristojnosti med različnimi zadevnimi državami članicami. Poleg tega obstaja nevarnost, da bi se izgube morda uveljavljale v več državah članicah.

79. Ker je načeloma še mogoča izravnavna izgube pri neposredni matični družbi v drugi državi članici, pa ima izravnavna izgub z neposredno matično družbo načeloma prednost pred izravnavo izgub s posredno matično družbo (v obravnavanem primeru z matično družbo skupine na Švedskem). Z upoštevanjem te prednosti se nato tudi preprečijo zgoraj navedena tveganja, ki so povezana s pravico davčnega zavezanca do izbire, in možnost dvakratnega uveljavljanja izgub v razmerjih, v katerih nastopajo tri države.

80. Ta prednost velja tudi, če imata družba vnukinja in hčerinska družba – kot v obravnavanem primeru – sedež v isti državi članici. Sicer v obravnavanem primeru, kot pravilno navaja družba Holmen, ni nevarnosti, da bi se z izbiro države članice, v kateri se bodo izravnale izgube, optimirala davčna obremenitev skupine. Prav tako ni večje nevarnosti za večkratno uveljavljanje izgub. Vendar odločilno vprašanje tudi v obravnavanem primeru ni, ali imata hčerinska družba in družba vnukinja sedež v isti državi, ampak, ali ima družba vnukinja v razmerju do matične družbe s sedežem v drugi državi članici dokončne izgube. Kot sem navedla zgoraj, pa je odgovor na to vprašanje nikalen.

81. Zato je treba na prvo vprašanje odgovoriti, da izgube družbe, ki je v posredni lasti (to je družbe vnukinje), načeloma niso dokončne izgube v razmerju do „družbe babice“ (to je matične družbe hčerinske družbe).

## *2. Drugo vprašanje: španska omejitev izravnave izgub*

82. Predložitveno sodišče z drugim vprašanjem sprašuje, ali je treba izgubo šteti za dokončno tudi, če jo je bilo treba zaradi omejitve, ki velja za izravnavo izgub, prenesti v naslednje leto.

<sup>42</sup> Sklepni predlogi generalnega pravobranilca P. Madura, predstavljeni v zadevi Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:201, točka 8).

83. Na to vprašanje je treba na podlagi zgornjih navedb odgovoriti, da se izgube, ki je bila „zgolj“ prenesena naprej, ne sme šteti za tako imenovano dokončno izgubo, tudi če je zaradi omejitve, ki velja za izravnavo izgub v državi, v kateri ima sedež hčerinska družba, ni bilo mogoče izravnati z dobički, ustvarjenimi v preteklosti.

84. Obstoj te izgube je odvisen samo od oblike španske davčne zakonodaje in zaradi njega ni mogoče prisiliti Švedske, da bo upoštevala to izgubo za znižanje davčne osnove.

### *3. Tretje in četrto vprašanje*

85. Predložitveno sodišče s tretjim in četrtem vprašanjem sprašuje, ali je treba pri presoji, ali je izguba dokončna, upoštevati dejstvo, da je v skladu s predpisi v državi, v kateri ima sedež hčerinska družba, možnost za stranke, razen stranke, ki je to izgubo sama ustvarila, da odbijejo izgubo, omejena, in če je odgovor pritrديلen, ali je treba upoštevati obseg, v katerem se je z omejitvijo dejansko povzročilo, da dela izgub ni bilo mogoče izravnati.

86. Na ti vprašanji je treba na podlagi zgornjih navedb odgovoriti, da so pri presoji, ali gre za dokončne izgube družbe vnukinje, vedno odločilne samo omejitve, ki veljajo za družbo vnukinjo. Če ima družba vnukinja možnost prenesti izgube na tretjo osebo (na primer hčerinsko družbo), ne gre za dokončne izgube družbe vnukinje. Zato ni odločilno, ali so tretje osebe v konkretnem primeru tudi lahko učinkovito uporabile te izgube. To je pomembno kvečjemu za vprašanje, ali imajo te tretje osebe dokončne izgube v razmerju do svojih matičnih družb.

## **VI. Predlog**

87. Zato predlagam, naj se na vprašanja za predhodno odločanje, ki jih je predložilo Högsta förvaltningsdomstol (višje upravno sodišče, Švedska) odgovori tako:

1. V skladu s členom 49 PDEU v povezavi s členom 54 PDEU je pogoj za čezmejno izravnavo izgub, da ima matična družba deficitno hčerinsko družbo v neposredni lasti.
2. Izgube, ki je bila „zgolj“ prenesena naprej, se ne sme šteti za tako imenovano dokončno izgubo, tudi če je zaradi omejitve, ki velja za izravnavo izgub v državi, v kateri ima sedež hčerinska družba, ni bilo mogoče izravnati z dobički, ustvarjenimi v preteklosti.
3. Pri presoji, ali so izgube družbe vnukinje dokončne, je treba upoštevati tudi, ali je imela družba vnukinja možnost prenesti izgube na tretje osebe in s tem tudi na svojo matično družbo (oziroma druge družbe, ki so del skupine) v tej državi članici in jih tako izravnati. Ali so omejene možnosti tretjih oseb, da odbijejo te izgube, je odločilno samo za vprašanje, ali imajo te tretje osebe „dokončne“ izgube.