Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
MANUELA CAMPOSA SÁNCHEZ-BORDONE,
predstavljeni 25. oktobra 2017 [1]

Združeni zadevi C-398/16 in C-399/16

X BV (C-398/16),
X NV (C-399/16)
proti
Staatssecretaris van Financiën

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe,
ki ga je vložilo Hoge Raad der Nederlanden (vrhovno sodišče Nizozemske))

„Predhodno odločanje – Davek od dohodkov pravnih oseb – Svoboda ustanavljanja – Odbitek obresti iz posojila za pridobitev deležev v hčerinski družbi nerezidentki, ki ga opravi matična družba rezidentka – Odbitek zneska, za katerega se je zaradi spremembe menjalnega tečaja zmanjšala vrednost deležev v hčerinski družbi nerezidentki, ki ga opravi matična družba rezidentka – Konsolidirana skupina“

1. Sodišče je že večkrat odločalo o zakonodaji držav članic v zvezi z davkom od dohodkov pravnih oseb v primerih skupin, ki jih tvorijo matična in njene hčerinske družbe. [2]

2. Davčni predpisi Nizozemske o konsolidiranih skupinah družb so bili predmet preučitve v vsaj dveh predhodnih sodbah. [3] V skladu s temi predpisi lahko skupina uporabi sistem davčne konsolidacije, le če so vse družbe, ki jo sestavljajo, rezidentke na Nizozemskem, s čimer so hčerinske družbe nerezidentke izključene.

3. V sodbi X Holding [4] je Sodišče načeloma priznalo skladnost te nizozemske zakonodaje s pravom Unije (konkretno z določbami Pogodbe o delovanju Evropske unije v zvezi z svobodo ustanavljanja). V tej zadevi je sprejelo, da je izključitev družb nerezidentk iz tega sistema konsolidacije upravičena s potrebo po ohranitvi porazdelitve davčne pristojnosti med državami članicami.

1 Jezik izvirnika: španščina.

2 Glej, med drugimi, sodbe z dne 16. julija 1998, ICI (C-264/96, EU:C:1998:370), z dne 18. novembra 1999, X in Y (C-200/98, EU:C:1999:566), z dne 8. marca 2001, Metallgesellschaft in drugi (C-397/98 in C-410/98, EU:C:2001:134), z dne 18. septembra 2003, Bosal (C-168/01, EU:C:2003:479), z dne 13. decembra 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763), z dne 17. januarja 2008, Lammers & Van Cleeff (C-105/07, EU:C:2008:24), z dne 27. novembra 2008, Papillon (C-418/07, EU:C:2008:659), z dne 6. septembra 2012, Philips Electronics UK (C-18/11, EU:C:2012:532), z dne 1. aprila 2014, Felixstowe Dock and Railway Company in drugi (C-80/12, EU:C:2014:200), z dne 3. februarja 2015, Komisija/Združeno kraljestvo (C-172/13, EU:C:2015:50), z dne 6. oktobra 2015, Finanzamt Linz (C-66/14, EU:C:2015:661) in z dne 17. maja 2017, X (C-68/15, EU:C:2017:379).

3 Sodbi z dne 25. februarja 2010, X Holding (C-337/08, v nadaljevanju: sodba X Holding, EU:C:2010:89) in z dne 12. junija 2014, SCA Group Holding in drugi (od C-39/13 do C-41/13, EU:C:2014:1758).

4 Točki 18 in 43.

4. Vendar je bil obseg sodbe X Holding pozneje v sodbi z dne 2. septembra 2015, Groupe Steria,[5] rahlo prilagojen z opozorilom, da iz prvonavedene sodbe ni mogoče izpeljati, da „je vsaka razlika v obravnavanju družb, ki so del povezane davčne skupine, na eni strani in družb, ki niso del take skupine na drugi strani združljiva s členom 49 PDEU“.[6] Sodišče je dodalo, da se je utemeljitev, dopuščena v sodbi X Holding, nanašala le določbe nizozemske ureditve, na podlagi katerih je omogočen prenos izgub znotraj konsolidirane davčne skupine.[7]

5. Predložitveno sodišče želi z vprašanji, predloženimi v teh dveh predlogih za sprejetje predhodne odločbe, pravzaprav razjasniti sodno prakso, sprejeto na tem področju. To razjasnitev potrebuje, da bi lahko presodilo, ali je nizozemski sistem davčne konsolidacije, na podlagi katerega so v knjigovodstvu matične družbe nekatere postavke finančnih stroškov odbitne, če je njena hčerinska družba rezidentka, ne pa tudi, če ni rezidentka,v skladu s pravom Unije.

6. V nizozemskem pravu je določeno, da so stroški (obresti), ki jih ima družba ob pridobitvi financiranja od drugega subjekta v skupini, odbitni, le če je bila med matično in hčerinsko družbo vzpostavljena shema davčne konsolidacije, ki jo lahko uporabljajo le družbe rezidentke. Zadeva C-398/16 se nanaša na to nacionalno pravilo.

7. To merilo se uporabi tudi za pozitivne in negativne presežke iz prevrednotenja (vključno s temi, ki izhajajo iz izgub zaradi spremembe menjalnega tečaja tuje valute), ki se ne upoštevajo pri določitvi dobička. Izguba iz tečajnih razlik, ki nastane v zvezi z deležem, ki ga ima matična družba v svojih hčerinski družbi, je odbitna, le če – znova – sta obe del konsolidirane skupine, v katero so lahko vključene le družbe rezidentke. V zadevi C-399/16 gre za uporabo prav tega pravila.

I. Pravni okvir

A. Pravo Unije

8. Člen 49 PDEU določa:

„V okviru določb, navedenih v nadaljevanju, se omejitve glede pravice do ustanavljanja za državljane ene države članice na ozemlju druge države članice prepovejo. Ta prepoved se uporablja tudi za omejitve pri ustanavljanju agencij, podružnic ali hčerinskih družb državljanov katere koli države članice s sedežem na ozemlju katere koli države članice.

Pravica do ustanavljanja zajema pravico začeti in opravljati dejavnost kot samozaposlena oseba ter pravico do ustanovitve in vodenja podjetij, zlasti družb ali podjetij iz drugega odstavka člena 54, pod pogoji, ki jih ob upoštevanju določb poglavja o kapitalu za svoje državljane določa zakonodaja države, v kateri se taka ustanovitev izvede.“

9. Člen 54 PDEU določa:

„Družbe ali podjetja, ustanovljena v skladu z zakonodajo posamezne države članice, ki imajo statutarni sedež, glavno upravo ali glavni kraj poslovanja v Uniji, se v tem poglavju obravnavajo enako kakor fizične osebe, ki so državljani držav članic.

‚Družbe ali podjetja‘ pomeni družbe ali podjetja, ustanovljena po civilnem ali gospodarskem pravu, vključno z zadrugami, in druge pravne osebe javnega ali zasebnega prava z izjemo neprofitnih.“

5 C-386/14, EU:C:2015:524; v nadaljevanju: sodba Groupe Steria.

6 *Ibidem*, točka 27.

7 *Ibidem*, točka 27 *in fine*.

B. Nizozemsko pravo

Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (zakon o davku od dohodka pravnih oseb iz leta 1969; v nadaljevanju: zakon iz leta 1969)

10. Člen 10a(2) določa:

„Pri ugotavljanju dobička obresti, dolgovane iz naslova dolgov v razmerju do povezanega subjekta, niso odbitne, če so dolgovi povezani s pridobitvijo […] deležev v povezanem subjektu, razen če pride do spremembe v končni strukturi udeležbe ali nadzora v tem subjektu.“

11. V skladu s členom 10a(3) se odstavek 2 tega člena ne uporabi, če davčni zavezanec dokaže, da sta posojilo in pravni posel, s katerim naj bi bilo to povezano, nedvoumno temeljila na gospodarskih razlogih.

12. V skladu s členom 13(1) se za ugotavljanje dobička ne upoštevajo niti ugodnosti iz naslova udeležbe niti stroški, nastali s pridobitvijo ali odsvojitvijo te udeležbe („oprostitev udeležbe“).

13. Člen 15 določa:

„1. Če ima davčni zavezanec (matična družba) s pravnega in ekonomskega vidika v lasti vsaj 95-odstotni delež v vplačanem nominalnem kapitalu drugega davčnega zavezanca (hčerinska družba), se na predlog obeh davčnih zavezancev davek obračuna, kot da bi šlo za enega davčnega zavezanca, to je, kot da so dejavnosti in premoženje hčerinske družbe del dejavnosti in premoženja matične družbe. Davek se obračuna pri matični družbi. V tem primeru se šteje, da sta davčna zavezanca davčna skupina. V davčni skupini je lahko več hčerinskih družb.

[…]

3. Odstavek 1 se uporabi zgolj, kadar:

[…]

(b) se za izračun dobička obeh davčnih zavezancev uporabljajo iste določbe;

(c) imata oba davčna zavezanca sedež na Nizozemskem […]“.

II. Dejansko stanje sporov in vprašanja za predhodno odločanje

A. Zadeva C-398/16

14. Nizozemska družba[8] X BV je del švedske skupine, v katero je vključena tudi italijanska družba. Družba X BV je za to, da bi kupila deleže v tej družbi, ki so bili v rokah tretjih, v Italiji ustanovila drugo družbo, v katero je vložila kapital v znesku 237.312.000 EUR. Ta vložek je bil financiran z (obrestnim) posojilom, ki ga je švedska družba iz iste skupine podjetij dala družbi X BV.

8 Uporabljam pridevnik „nizozemski“ (ali italijanski, švedski itd.), čeprav bi bilo pravzaprav ustrezneje govoriti o „družbi, ki ni rezidentka“ na Nizozemskem oziroma v vsaki od upoštevnih držav.

15. Na podlagi tega posojila je družba X BV leta 2004 švedski družbi posojilodajalki iz naslova obresti dolgovala 6.503.261 EUR. V svojem obračunu davka od dohodkov pravnih oseb za leto 2004 je družba X BV ta znesek odbila kot strošek, ki ga je mogoče odšteti od prihodkov. Vendar nizozemska davčna uprava ob sklicevanju na člen 10a(2)(b) zakona iz leta 1969 tega odbitka ni dopustila in je družbi izdala odmerno odločbo, ki je predmet spora v zadevi.

16. Družba X BV je v tožbi, vloženi zoper to odločbo, navedla, da bi bile obresti iz posojila odbitne, če bi s svojo hčerinsko družbo lahko tvorila enoten davčni subjekt. Trdi, da je zato, ker je v nizozemskem pravu ta možnost določena le za družbe rezidentke, v nasprotju s členoma 49 in 54 PDEU omejena njena svoboda ustanavljanja.

17. Hoge Raad der Nederlanden (vrhovno sodišče Nizozemske), ki o zadevi odloča v okviru kasacijske pritožbe, je Sodišču predložilo to vprašanje za predhodno odločanje:

„Ali je treba člena 43 in 48 ES (zdaj člena 49 in 54 PDEU) razlagati tako, da nasprotujeta nacionalni ureditvi, na podlagi katere je matični družbi s sedežem v eni državi članici glede posojila, ki je v zvezi s kapitalskim vložkom v hčerinsko družbo s sedežem v drugi državi članici, onemogočen odbitek obresti, medtem ko bi tak odbitek lahko uveljavila, če bi bila navedena hčerinska družba v davčni skupini – z značilnostmi nizozemske davčne skupine – z omenjeno matično družbo, ker v takem primeru zaradi učinkov konsolidacije povezanost s takim kapitalskim vložkom ne bi bila prepoznavna?“

B. Zadeva C-399/16

18. Nizozemska družba X NV je del skupine družb, v katero je med drugimi in v okviru ureditve davčne skupine vključena njena hčerinska družba A Holdings BV. Ta pa je lastnica vseh deležev v britanski družbi A Holdings UK.

19. Družba A Holdings BV je 11. novembra 2008 svoje deleže v družbi A Holdings UK prenesla na svojo britansko hčerinsko družbo C.[9]

20. Družba X NV je v obračunih davka od dohodkov pravnih oseb za leti 2008 in 2009 kot strošek skušala odbiti izgubo, ki ji je v zvezi z deleži nastala zaradi spremembe menjalnega tečaja tujih valut. Nizozemska uprava tega odbitka v skladu s členom 13(1) zakona iz leta 1969 ni priznala.[10]

21. Družba X NV je zoper upravno odločbo vložila tožbo, v kateri je trdila, da bi nastalo izgubo iz tečajnih razlik lahko odbila, če bi ji bilo dovoljeno, da s svojo britansko hčerinsko družbo ustvari konsolidirano skupino. Ker pa je ta možnost v nizozemskem pravu pridržana le družbam rezidentkam, ji je bila po njenem mnenju omejena možnost izvajanja svobode ustanavljanja.

22. Hoge Raad der Nederlanden (vrhovno sodišče Nizozemske), ki o zadevi odloča v okviru kasacijske pritožbe, je Sodišču predložilo ta vprašanja za predhodno odločanje:

„1. Ali je treba člena 43 in 48 ES (zdaj člena 49 in 54 PDEU) razlagati tako, da nasprotujeta nacionalni ureditvi, na podlagi katere matična družba s sedežem v eni državi članici glede zneska, ki ga je naložila v hčerinsko družbo s sedežem v drugi državi članici, ne more upoštevati negativne tečajne

9 Sosledje prenosov deležev je bilo bolj zapleteno in se lahko povzame tako – brez potrebe po opisovanju drugih dopolnilnih transakcij – da je družba A Holding BV 12. februarja 2009 svoje deleže v družbi C prenesla na družbo D, ki je hčerinska družba družbe N BV in vključena v davčno skupino. Istega dne je družba D deleže v družbi C prenesla na svojo luksemburško hčerinsko družbo A Holdings Luxembourg.

10 Naj spomnim, da se v skladu s to določbo za ugotavljanje dobička ne upoštevajo niti prihodki niti izgube iz naslova lastništva deležev.

razlike, medtem ko bi to lahko storila, če bi bila navedena hčerinska družba vključena v davčno skupino – z značilnostmi nizozemske davčne skupine – z navedeno matično družbo s sedežem v prvonavedeni državi članici, kar je pripisati konsolidaciji znotraj davčne skupine?

2. Če je odgovor na prvo vprašanje pritrdilen: ali se pri ugotavljanju upoštevne negativne tečajne razlike lahko šteje ali mora šteti, da so lahko v davčno skupino vključene tudi (ena ali več) neposredne ali posredne hčerinske družbe s sedežem na ozemlju Evropske unije, ki jih ima zadevna matična družba posredno – preko te hčerinske družbe?

3. Če je odgovor na prvo vprašanje pritrdilen: ali se v tem primeru upoštevajo le negativne tečajne razlike, do katerih je v primeru vključitve v davčno skupino matične družbe prišlo v letih, na katera se nanaša spor, ali pa se upoštevajo tudi negativne tečajne razlike iz prejšnjih let?“

III. Povzetek stališč strank

A. Zadeva C-398/16

23. Družba X BV zagovarja svojo pravico do odbitka obresti iz posojila, prejetega od švedske hčerinske družbe, ki je del njene skupine družb. Odbitek bi lahko izvedla, če bi bila hčerinska družba davčna rezidentka na Nizozemskem in bi skupaj z njo tvorila konsolidirano skupino, kar pa v skladu z nizozemsko zakonodajo ni mogoče. Zaradi razlike v obravnavanju, ki je posledica te zakonodaje, je naložba v ustanovitev hčerinskih družb v drugih državah Unije manj privlačna od take naložbe, izvedene na Nizozemskem.

24. Družba X BV dodaja, da bi bilo to razliko mogoče upravičiti le z nujnim razlogom v splošnem interesu, če se s tem ne bi preseglo tega, kar je nujno za zaščito tega interesa.

25. Družba X BV ob sklicevanju na sodbo X Holding sklepa, da zavrnitev odbitka ne ustreza cilju ohranitve uravnotežene porazdelitve davčnih pristojnosti med državami članicami, saj zaradi odbitka ne bi prišlo do premika davčne osnove iz ene države članice v drugo.

26. Družba X BV meni, da v zvezi z uporabljeno omejitvijo prav tako ni mogoče sklicevanje na potrebo po zagotovitvi doslednosti sistema obdavčitve konsolidiranih skupin. Trdi, da Sodišče [11] to utemeljitev dopušča le v primeru neposredne povezave med zadevno davčno ugodnostjo in izravnavo te ugodnosti z določeno davčno dajatvijo. V obravnavanem primeru naj ne bi bilo neposredne povezave (v smislu, da se ugodnost kompenzira z dajatvijo) med možnostjo odbitka obresti iz posojila od poslovnega izida konsolidirane skupine in neugodnostmi, na katere je opozorjeno v predložitveni odločbi. [12]

27. Družba X BV sklepa, da bi moralo Sodišče na postavljeno vprašanje odgovoriti pritrdilno.

28. Komisija meni, da se obravnavanje razmerja med nizozemsko matično družbo in njeno – prav tako nizozemsko – hčerinsko družbo razlikuje od obravnavanja razmerja med to matično družbo in hčerinsko družbo nerezidentko. V skladu s členom 10a zakona iz leta 1969 se lahko na podlagi konsolidacije le v prvem primeru odbijejo obresti od posojila, ki ga je dala ena od družb v skupini in katerega znesek se uporabi za vložek kapitala v drugo hčerinsko družbo.

11 Navaja sodbo z dne 12. junija 2014, SCA Group Holding in drugi (od C-39/13 do C-41/13, EU:C:2014:1758, točka 33).

12 V točki 2.8.2.7 te odločbe so primeroma navedene nekatere davčne neugodnosti: (i) za davčno skupino se nižja davčna stopnja uporabi le enkrat; (ii) če hčerinska družba iz davčne skupine preneha zaradi ustavitve stečajnega postopka, ker ni bilo dohodkov; (iii) vsaka od hčerinskih družb iz davčne skupine je solidarno odgovorna za plačilo davka od dohodkov pravnih oseb, ki je odmerjen davčni skupini; in (iv) naložbe v družbe iz davčne skupine se seštevajo, zaradi česar je stopnja, ki se za davčno skupino uporabi pri odbitku za naložbe, lahko nižja, kot bi bila, če bi družbe vsaka posebej obračunale davek od dohodka pravnih oseb.

29. Komisija pojasnjuje, da ta razlika ne izhaja neposredno iz člena 10a zakona iz leta 1969, ker so z njim urejene določene transakcije med povezami subjekti, da bi se preprečile zlorabe, in se brez razlikovanja uporablja tako za notranje kot za čezmejne položaje. Razlika med notranjimi razmerji in razmerji znotraj Skupnosti je posledica sistema obdavčitve konsolidiranih skupin: medtem ko se v čezmejnem položaju ni mogoče izogniti uporabi člena 10a zakona iz leta 1969, pa je to z ustanovitvijo konsolidirane skupine v položaju z izključno nacionalnimi subjekti mogoče storiti.

30. Komisija na podlagi sodbe X Holding trdi, da mora biti razlika v obravnavanju utemeljena z nujnimi razlogi v splošnem interesu, saj je položaj matične družbe rezidentke, ki želi s hčerinsko družbo, ki je prav tako rezidentka, ustvariti davčno skupino, objektivno primerljiv s položajem matične družbe rezidentke s hčerinsko družbo nerezidentko.

31. Komisija meni, da z vidika porazdelitve davčne pristojnosti med državami članicami taka utemeljitev ni razvidna, saj je v tem primeru podana le davčna pristojnost Nizozemske.

32. Komisija v zvezi z morebitnim vplivom na doslednost nizozemskega davčnega sistema meni, da se nanjo ni mogoče sklicevati, saj ni neposredne povezave med davčno ugodnostjo, ki se pridobi s konsolidacijo, in njeno izravnavo z določeno davčno dajatvijo.[13] Po njenem mnenju je nedoslednost v nizozemskem davčnem sistemu, saj se v njem, po eni strani, izhaja iz tega, da je treba določbe za boj proti zlorabam iz člena 10a zakona iz leta 1969 uporabiti tako v notranjih kot v čezmejnih položajih, obenem pa se, po drugi strani, konsolidiranim skupinam, ki jih tvorijo izključno nacionalni subjekti, dopušča, da se uporabi teh pravil izognejo.

33. Nizozemska vlada trdi, da člen 10a(2) zakona iz leta 1969 sam po sebi ni v nasprotju s svobodo ustanavljanja. Morebitne ovire zanjo v tem primeru izhajajo iz dejstva, da matična družba rezidentka s hčerinsko družbo nerezidentko ne more oblikovati enotnega davčnega subjekta. Vendar skuša to pravilo upravičiti s sklicevanjem na nujne razloge v splošnem interesu.

34. Odbitnost obresti znotraj konsolidirane skupine izhaja iz njene narave. Zaradi konsolidacije vložek kapitala, do katerega pride med matično in hčerinsko družbo, iz davčnega vidika znotraj enotnega davčnega subjekta ni zaznaven, saj se transakcije znotraj skupine nevtralizirajo. Ker v sistemu konsolidacije obstaja le eno premoženje, ki je pripisano matični družbi, vložek kapitala znotraj enotnega davčnega subjekta iz davčnega vidika ni mogoč. Zato se v tem primeru člen 10a zakona iz leta 1969 ne uporabi, odbitek obresti pa je neposredno in neločljivo povezan s konsolidacijo znotraj enotnega davčnega subjekta.

35. Nizozemska nazadnje ugotavlja, da tako imenovanega „pristopa po posameznih elementih“, razvitega po sodbi X Holding, za sporno določbo ni mogoče uporabiti. Če bi ga Sodišče vendarle uporabilo, pa meni, da je razliko v obravnavanju mogoče utemeljiti z nujnim razlogom v splošnem interesu: z omejitvijo odbitnosti obresti naj bi se skušali preprečiti umetni konstrukti, ki niso utemeljeni z gospodarskimi razlogi. Z možnostjo, ki je davčnemu zavezancu dana s členom 10a(3) zakona iz leta 1969 in na podlagi katere lahko dokaže, da ne gre za umeten konstrukt, naj bi bila zagotovljena sorazmernost ukrepa.

13 V tem smislu navaja sodbi z dne 28. januarja 1992, Bachmann (C-204/90, EU:C:1992:35, točka 31 in naslednje), in z dne 28. februarja 2008, Deutsche Shell (C-293/06, EU:C:2008:129, točka 39).

B. Zadeva C-399/16

1. Prvo vprašanje za predhodno odločanje

36. Družba X NV in Komisija izhajata iz tega, da v nizozemskem pravu izguba iz tečajnih razlik, nastala v zvezi z udeležbo te družbe v britanski hčerinski družbi, v obračunu davka od dohodkov pravnih oseb ni odbitna. Ta izguba pa bi bila odbitna v okviru sistema davčne konsolidacije, če bi hčerinska družba imela sedež na Nizozemskem; ta položaj je objektivno primerljiv s položajem nizozemske družbe z nizozemsko hčerinsko družbo, ki svoje dejavnosti opravlja v Združenem kraljestvu. Različno obravnavanje podobnih položajev pomeni oviro za izvajanje svobode ustanavljanja.

37. Edini utemeljitvi, s katerima bi bilo mogoče upravičiti to različno obravnavanje, naj bi bili ohranitev uravnotežene porazdelitve davčnih pristojnosti med državami članicami ali zagotovitev doslednosti nizozemskega davčnega sistema.

38. V zvezi s prvo utemeljitvijo družba X NV in Komisija menita, da davčna pristojnost Nizozemske v tej zadevi ni ogrožena. Izguba iz tečajnih razlik, ki je nizozemski družbi nastala v zvezi z njeno udeležbo v britanski hčerinski družbi, v knjigovodstvu slednje ni razvidna, ker se to vodi v britanskih funtih.

39. V zvezi z drugo (morebitno) utemeljitvijo pa družba X NV in Komisija opozarjata, da mora za to, da bi zagotovitev doslednosti davčnega sistema lahko pomenila tako utemeljitev, obstajati neposredna povezava med davčno ugodnostjo na eni strani in izravnavo te ugodnosti z določeno davčno dajatvijo na drugi. V obravnavani zadevi pa ta povezava med ugodnostjo (torej odbitkom izgube iz tečajnih razlik) in neugodnostmi, ki jih omenja predložitveno sodišče, ni podana.[14]

40. Po mnenju nizozemske vlade se skuša družba X NV izogniti negativni posledici člena 13 zakona iz leta 1969 (nezmožnost odbitka izgube iz tečajnih razlik), obenem pa obdržati ugodnosti „oprostitve udeležbe“. Vendar na podlagi nizozemskega prava matična družba s hčerinsko družbo rezidentko ni upravičena do te omejene uporabe „oprostitve udeležbe“.

41. Nizozemska vlada meni, da je Sodišče v sodbah X Holding in Groupe Steria[15] ugotovilo, da sta izravnava dobičkov in izgub posameznih družb v enotnem davčnem subjektu, ki se pripišejo matični družbi, in nevtralizacija transakcij znotraj skupine neločljivo povezani z ustanovitvijo enotnega davčnega subjekta, v okviru katerega naj udeležba v drugi družbi iz skupine ali poslovni izid te udeležbe ne bi imela davčnih posledic.

42. Možnost oblikovanja konsolidirane skupine naj *a priori* ne bi pomenila davčne prednosti v zvezi s tveganjem izgube iz tečajnih razlik; čeprav je v skladu z nizozemsko zakonodajo odbitek te izgube namreč onemogočen, pa tudi dobički iz tečajnih razlik niso vključeni v davčno osnovo za odmero davka od prihodkov pravnih oseb. Zato naj izključitev izgub iz tečajnih razlik, povezanih z udeležbo v hčerinski družbi nerezidentki, ne bi bila ovira za izvajanje svobode ustanavljanja.

43. Poleg tega naj se pri obdavčitvi konsolidirane skupine izgube iz tečajnih razlik ne bi mogle upoštevati, celo če uporaba „oprostitve udeležbe“ ne bi bila mogoča. Ker dejavniki, povezani z imetništvom delnic (kakršni so razdelitev dobička in spremembe v vrednosti deležev), niso zajeti v končnem poslovnem izidu enotnega davčnega subjekta, ne morajo biti podlaga za kakršen koli odbitek. Kar zadeva izgube iz tečajnih razlik, naj torej ne bi bilo razlike v obravnavanju matične družbe s hčerinsko družbo nerezidentko in matične družbe s hčerinsko družbo rezidentko (kadar sta obe del konsolidirane skupine).

14 Gre za te, naštete zgoraj v opombi 12.

15 Točka 43 oziroma točka 25.

2. Drugo in tretje vprašanje za predhodno odločanje

44. Družba X NV in Komisija v zvezi z drugim vprašanjem navajata, da v skladu z nizozemsko zakonodajo matična družba svobodno odloča, ali bo s svojimi hčerinskimi družbami rezidentkami oblikovala konsolidirano skupino ali ne, pri čemer lahko poleg tega izbira, s katerimi hčerinskimi družbami jo bo ustanovila. Čezmejne skupine v primerjavi s povsem nacionalnimi skupinami glede določenih elementov ne bi smele biti obravnavane manj ugodno. To je, če se kot osnova za primerjavo upošteva odbitnost izgube iz tečajnih razlik, potem v primerjavi z obdavčitvijo nacionalnih enotnih davčnih subjektov obravnavanje matične družbe s tujo hčerinsko družbo ne sme biti manj ugodno.

45. V zvezi s tretjim vprašanjem družba X NV in Komisija zagovarjata stališče, naj se tožeča družba ne obdavči na način, ki je manj ugoden od tega, ki se uporabi za nacionalno skupino, v kateri so matična družba in hčerinske družbe združene v enoten davčni subjekt.

46. Nizozemska vlada meni, da je treba na drugo in tretje vprašanje za predhodno odločanje odgovoriti enako. Ni mogoče sprejeti, da bi lahko matična družba izbirala, katere družbe in katera obdobja bo zajela v obračun davka fiktivne konsolidirane skupine. Če bi to možnost imela, bi jo izvajala *a posteriori* glede na že znane podatke, kar bi ji omogočilo upoštevanje spremenljivosti menjalnih tečajev in izbiro („cherry picking“), katero hčerinsko družbo in katero obdobje bi bilo najbolj ugodno vključiti v obračun, kar pa bi povzročilo tveganje erozije davčne osnove.

IV. Postopek pred Sodiščem

47. Predloga za sprejetje predhodne odločbe je sodno tajništvo Sodišča prejelo 18. julija 2016.

48. Združitev zadev C-398/16 in C-399/16 je bila odrejena 9. avgusta 2016.

49. Pisna stališča so predložile družbi X BV in X NV, nizozemska vlada in Evropska komisija. Presojeno je bilo, da izvedba obravnave ni potrebna.

V. Presoja

A. Uvodni preudarki

50. Vprašanja, ki jih mora Sodišče preučiti v okviru tega postopka predhodnega odločanja, se nanašajo na obdavčitev skupin družb, davčni sistem, ki zanje velja, pa je lahko različnih oblik. V skladu z eno od njih vsak od subjektov, iz katerih je sestavljena skupina, deluje kot neodvisni davčni zavezanec, se pravi, da plačuje davek od vseh doseženih dohodkov, tudi če kateri od njih izvira iz transakcij, izvedenih s subjekti iste skupine.

51. Druge zakonodaje pa določajo možnost, da skupine davek plačujejo po posebnem sistemu davčne konsolidacije, tako da se davek sami skupini kot gospodarskemu subjektu (konkretno pa matični družbi) odmeri le enkrat. Posledica tega modela je, da so transakcije med subjekti skupine davčno nevtralne, kar pomeni, da se pri ugotavljanju davčne osnove ne upoštevajo.

52. V obeh obravnavanih zadevah je podana okoliščina, da matična družba s sedežem na Nizozemskem trdi, da je v okviru razmerij s svojimi hčerinskimi družbami utrpela gospodarske izgube, ki jih v svojem obračunu davka od dohodkov pravnih oseb ne more odbiti, ker je to onemogočeno z zakonodajo te države članice. Dodaja, da pa bi bil odbitek dopusten, če bi s svojimi hčerinskimi družbami nerezidentkami lahko oblikovala davčno skupino (konsolidirano skupino).

53. V skladu z nizozemsko zakonodajo lahko skupine družb uporabijo sistem davčne konsolidacije, le če so sestavljene iz družb, ki so rezidentke na Nizozemskem. Družbe nerezidentke se v skupino ne morejo vključiti. Kot sem že navedel,[16] je Sodišče v sodbi X Holding ugotovilo, da je dopustno, da se izgube hčerinske družbe, ki ni rezidentka na Nizozemskem, ne upoštevajo za zmanjšanje davčne osnove matične družbe, ker je v skladu z nizozemskim pravom konsolidacija omogočena le za hčerinske družbe rezidentke. Sodišče je menilo, da je ta razlika v obravnavanju upravičena zaradi ohranitve uravnotežene porazdelitve davčne pristojnosti med državami članicami.

54. Hoge Raad (vrhovno sodišče) je sodbo X Holding razlagalo tako, da člena 43 in 48 ES ne nasprotujeta temu, da se izgube znotraj davčne skupine poračunajo, kar je (za družbe rezidentke pridržana) bistvena „posledica oblikovanja davčne skupine, niti drugim oblikam neenakega obravnavanja, do katerih pride pri izdaji odločbe o odmeri in so posledica konsolidacije“. V svojih odločbah je „Hoge Raad (vrhovno sodišče) davčnim zavezancem onemogočilo, da ob sklicevanju na svobodo ustanavljanja poljubno izbirajo ugodnosti posameznih elementov, ki so neposredno povezani z bistvom davčne skupine (konsolidacije)“.[17]

55. Predložitveno sodišče torej meni, da je iz sodbe X Holding mogoče izpeljati pravilo „vse ali nič“, v skladu s katerim ni mogoče izbrati le nekaterih učinkov ureditve davčne skupine. Kakršna koli prednost, ki izhaja iz oblikovanja enotnega subjekta s hčerinskimi družbami, naj bi bila upravičena, ker v zvezi z davčno skupino uporaba „pristopa po posameznih elementih“ ni mogoča. Na tej podlagi je bila zavrnjena možnost, da se učinki davčne konsolidacije razširijo na subjekte nerezidente.

56. Poznejši sodbi Sodišča, sprejeti v zadevah Groupe Steria in Finanzamt Linz,[18] sta predložitvenemu sodišču vzbudili dvome. V navedenih dveh zadevah so se razlike v obravnavanju, katerih dopustnost je Sodišče zanikalo, nanašale prav na „posamezne elemente“ (v prvem primeru so bili to stroški in izdatki, ki jih ima matična družba v zvezi z udeležbo, v drugem primeru pa amortizacija dobrega imena) razmerja med matičnimi in hčerinskimi družbami rezidentkami in nerezidentkami v okviru obdavčitve skupin družb.

57. Natančneje, Sodišče je v sodbi Groupe Steria ugotovilo, da je treba „davčn[e] ugodnosti, ki niso prenos izgub znotraj povezane davčne skupine, [preučiti] ločeno“. Šele po tej preučitvi bo mogoče razjasniti, „ali lahko država članica pridrži te ugodnosti za družbe, ki so del povezane davčne skupine, in jih s tem izključi v čezmejnih položajih“.[19]

58. Tej premisi bom sledil pri preučitvi vprašanj za predhodno odločanje, na koncu katere bo treba presoditi, ali je nizozemska zakonodaja, uporabljena v teh dveh zadevah, lahko v nasprotju s členom 49 PDEU, v skladu s katerim morajo biti odpravljene omejitve glede svobode ustanavljanja.

59. Ravnal se bom po metodi, s katero se Sodišče vedno znova loteva analize vprašanj za predhodno odločanje, predloženih v zadevah, ki so podobne tej in se nanašajo na področje neposredne obdavčitve. Pri svojem faznem oziroma etapnem pristopu skuša najprej ugotoviti upoštevno svoboščino in morebitno omejitev, ki je v zvezi z njo podana. Nato primerja sporne položaje, da bi pojasnilo, ali so bili predmet različnega obravnavanja, kar zahteva podrobno preučitev nacionalnih določb, na podlagi katerih je do njega prišlo. Nazadnje preuči morebitne utemeljitve, ki temeljijo na nujnih razlogih v splošnem interesu, in sorazmernost nacionalnega ukrepa, s katerim je zadevna svoboščina omejena.

16 Točki 3 in 4 teh sklepnih predlogov.

17 Tako je navedeno v točkah 2.8.4 oziroma 2.10.1 predložitvenih sklepov v zadevah C-398/16 oziroma C-399/16. Sodbi Hoge Raad der Nederlanden (vrhovno sodišče Nizozemske), v katerih je bila ta razlaga uporabljena, sta ti z dne 24. junija 2011, NL:HR:2011:BN3537, in z dne 21. septembra 2012, NL:HR:2012:BT5858.

18 Sodba z dne 6. oktobra 2015 (C-66/14, EU:C:2015:661).

19 Sodba Groupe Steria (točki 27 in 28).

60. Naj že uvodoma opozorim, da različno davčno obravnavanje hčerinskih družb rezidentk in nerezidentk v državi matične družbe slednjo lahko ovira pri izvajanju svobode ustanavljanja s tem, da jo odvrača od ustanavljanja hčerinskih družb v drugih državah članicah.[20] Upoštevna določba Pogodbe o delovanju Evropske unije je torej njen člen 49, to različno obravnavanje hčerinskih družb rezidentk in nerezidentk pa pomeni omejitev svobode, ki je z njim določena.

61. Da bi bilo tako različno obravnavanje v skladu z določbami Pogodbe v zvezi s svobodo ustanavljanja, se mora nanašati na položaje, ki med seboj objektivno niso primerljivi, ali pa mora biti upravičeno z nujnimi razlogi v splošnem interesu.[21] Če bi bilo upravičeno, pa je poleg tega nujno, da je njegova uporaba primerna, da se zagotovi uresničitev zadevnega cilja, in da ne presega tega, kar je nujno potrebno za njegovo doseganje.[22]

B. Zadeva C-398/16

62. Če povzamem, pri izhodiščnem dejanskem stanju gre za razmerje med tremi družbami iste skupine s sedeži v različnih državah Unije. Po eni strani je švedska družba odobrila obrestno posojilo nizozemski družbi. Po drugi strani pa je ta nizozemska družba sredstva, pridobljena s posojilom, vložila v pridobitev deležev v italijanski hčerinski družbi.

63. Spor je nastal, ker želi nizozemska družba v svojem obračunu davka od dohodkov pravnih oseb odbiti znesek obresti, ki jih dolguje družbi iz iste skupine.

64. S členom 10a(2) zakona iz leta 1969 je odbitek na splošno onemogočen, če je posojilo izvedeno med podjetjema iste skupine (povezani podjetji). Vendar se je tej omejitvi mogoče izogniti, če ti povezani podjetji uporabita možnost, da sta obdavčeni kot konsolidirana skupina ali enoten davčni subjekt.

65. V nizozemskem pravu veljata za ustanovitev konsolidiranih skupin ti načeli:

– svobodno je mogoče izbirati, katere družbe bodo tvorile konsolidirano skupino,[23]

– možnost ustanovitve konsolidirane skupine je omejena na družbe, ki so rezidentke na Nizozemskem.[24]

66. Razlika v obravnavanju izhaja iz tega – kot je razvidno iz točke 2.8.3 predložitvenega sklepa – da bi bila hčerinska družba, če bi imela sedež na Nizozemskem, lahko del davčne skupine skupaj z nizozemsko družbo. V teh okoliščinah se člen 10a zakona iz leta 1969 ne bi uporabil, obresti iz posojila pa bi bile odbitne.

67. Zato je naložba za pridobitev celotnega kapitala hčerinske družbe rezidentke bolj privlačna kot naložba za pridobitev kapitala hčerinske družbe nerezidentke: finančni stroški (obresti) posojila, najetega za nakup delnic ali deležev v družbi, so v prvem primeru odbitni, v drugem pa ne.

68. Ali gre za primerljiva položaja? Sodišče je na to vprašanje odgovorilo pritrdilno, in sicer prav v zvezi s to nizozemsko zakonodajo (člen 15 zakona iz leta 1969), ki se uporabi v zadevah, ki sta predmet predhodnega odločanja.

20 Sodba z dne 13. decembra 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, točki 32 in 33).

21 Sodbi X Holding (točka 20) in Groupe Steria (točka 21).

22 Sodba z dne 13. decembra 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, točka 35).

23 Tako je nizozemska vlada navedla v točki 21 svojih pisnih stališč.

24 Zahteva se tudi, da se za ugotavljanje davčne osnove uporabljajo iste določbe; v zadevi C-398/16 ta vidik sicer ni pomemben, je pa upoštevan v zadevi C-399/16.

69. Sodišče je v sodbi X Holding ugotovilo, da „sta položaj matične družbe rezidentke, ki želi oblikovati davčno skupino z odvisno družbo rezidentko, in položaj matične družbe rezidentke, ki želi oblikovati davčno skupino z odvisno družbo nerezidentko, glede na cilj davčnega sistema, kakršen je ta v postopku v glavni stvari, objektivno primerljiva, saj želita obe matični družbi izkoristiti ugodnosti tega sistema, ki predvsem omogoča, da se dobički in izgube družb, ki so vključene v davčno skupino, konsolidirajo na ravni matične družbe in da transakcije, opravljene znotraj skupine, ostanejo davčno nevtralne.“ [25]

70. Sodba X Holding se je nanašala na vprašanje, ali lahko matična družba odbije izgube hčerinske družbe, da bi se poslovni izid hčerinske družbe upošteval v celotnem davčnem obdobju. Čeprav v tej zadevi odbitek, ki se želi opraviti, ni enak temu iz zgoraj navedene zadeve, [26] pa menim, da sta prav tako podana objektivno primerljiva položaja, saj gre za finančni strošek, ki matični družbi nastane v zvezi z njeno udeležbo v hčerinski družbi, ne glede na to, ali je bila uporabljena konsolidacija ali ne.

71. Razvidne so tudi nekatere vzporednice z zadevo Groupe Steria. V tej zadevi je bil predmet presoje to, ali je bil tako imenovani sorazmerni „delež stroškov in izdatkov“ (pri katerem je šlo za stroške, ki so nastajali matični družbi zaradi udeležbe v hčerinski družbi) odbiten v okviru sistema konsolidacije, iz katerega so bile hčerinske družbe nerezidentke izključene. V obravnavani zadevi je predmet razprave drug strošek (obresti iz posojila), ki ga je imela matična družba, ugotoviti pa je treba, ali je zato, ker je ta strošek opredeljen kot neodbiten, izvajanje svobode ustanavljanja manj privlačno.

72. Menim torej, da z vidika „pristopa po posameznih elementih“, ki ga omenja predložitveno sodišče, ni mogoče zanikati primerljivosti položajev in s tem različnega obravnavanja analognih davčnih ravnanj.

73. Ker je bilo pokazano, da gre za različno obravnavanje objektivno primerljivih položajev, se je treba osredotočiti na vprašanje, ali je podan nujni razlog v splošnem interesu, s katerim je to upravičeno. Predložitveno sodišče se v tem smislu sklicuje na doslednost nizozemskega sistema davčne konsolidacije.

74. Sodišče je v sodbi Groupe Steria ugotovilo, da je treba za to, da „bi bilo mogoče sprejeti trditev, ki temelji na takem razlogu, […] dokazati obstoj neposredne zveze med zadevno davčno ugodnostjo in izravnavo te ugodnosti z neko davčno dajatvijo, pri čemer je treba neposrednost te zveze presojati glede na cilj zadevne ureditve (sodba [z dne 13. marca 2014,] Bouanich, C-375/12, EU:C:2014:138, točka 69 in navedena sodna praksa)“. [27]

75. Niti v predložitvenem sklepu niti v trditvah nizozemske vlade ne najdem zadostnih razlogov za sprejetje te utemeljitve. Omenjena vlada [28] se v svojih trditvah pravzaprav zgolj zavzema za „neomejeno“ uporabe sodbe X Holding in zavrnitev „pristopa po posameznih elementih“. Ob navajanju sodbe Groupe Steria se poleg tega brez podrobnejših pojasnil sklicuje na nujnost ohranitve uravnotežene porazdelitve davčne pristojnosti med državami (ne razloži pa, zakaj naj bi v tem primeru prišlo do neravnotežja).

76. V okviru zadeve C-398/16 je trditev nizozemske vlade, da pomeni sistem davčne konsolidacije dosleden sveženj ugodnosti in neugodnosti, pretirano splošna. Kot sem ravno ugotovil, ne navaja nobenega prepričljivega podatka, iz katerega bi bilo razvidno, da je specifično zaradi odbitka obresti iz posojila hčerinski družbi lahko ogrožena doslednost tega sistema.

25 Sodba X Holding (točka 24).

26 V tej zadevi gre izključno za strošek (obresti iz posojila), ki ne vpliva na izid hčerinske družbe, temveč le na matično družbo in je povezan z naložbo v pridobitev deležev v hčerinski družbi.

27 Sodba Groupe Steria (točka 31).

28 Točke od 52 do 55 njenih pisnih stališč, na katerih vsebino se (za zadevo C-398/16) sklicuje v točki 95 teh stališč.

77. Bolj določna so stališča, ki jih je ta vlada navedla v zvezi z bojem proti izogibanju plačilu davka kot nujnim razlogom v splošnem interesu (na katerega pa se predložitveno sodišče v točki 2.8.6 svojega sklepa ne sklicuje). Pojasnjuje, da je namen člena 10a zakona iz leta 1969 preprečitev umetnih konstruktov, ki ne temeljijo na dejanskih gospodarskih razlogih, ampak so zasnovani izključno zaradi izogibanja plačilu davkov, ki jih je treba obračunati od dohodkov, pridobljenih na nizozemskem ozemlju. [29]

78. V enakem smislu nizozemska vlada trdi, da bi bilo priznanje davčnemu zavezancu možnosti *a posteriori* izbire enakovredno dajanju prednosti najugodnejši davčni možnosti. Vendar je ta trditev, kar zadeva vprašanja v zvezi z odbitnostjo obresti iz posojila, izražena zelo strjeno (v zvezi z izgubami, ki so predmet zadeve C-399/16, je pojasnjena nekoliko obširneje).

79. Z določbo, kakršna je ta iz člena 10a(2) zakona iz leta 1969, ki je zasnovana zaradi boja proti davčnim goljufijam, bi bilo dejansko mogoče upravičiti nekatere omejitve svobode ustanavljanja. [30] Medtem ko dividende, prejete od ene od družb skupine, povečajo davčno osnovo – kot pojasnjuje nizozemska vlada – jo obresti iz posojila med istima družbama zmanjšajo. Obstaja torej določeno tveganje za celotnost davčne osnove; to, kar se skuša preprečiti, pa je, da se dohodki „nevtralizirajo“ pod krinko obrestnih posojil, ki se ne vštevajo v davčno osnovo prejemnice, ampak celo omogočajo njeno zmanjšanje za znesek teh obresti.

80. Člen 10a zakona iz leta 1969 se poleg tega za razmerja med družbami skupine uporablja ne glede na to, ali imajo sedež na Nizozemskem ali zunaj te države. Zato težave ne nastanejo zaradi te določbe, saj so z njo v okviru boja proti izogibanju plačilu davkov rezidentke in nerezidentke obravnavane enako.

81. Vendar je to pojasnilo ovrženo s tem, da namen preprečevanja davčnega izogibanja ne zadeva družb rezidentk, ki so izkoristile možnost, da se jih obdavči po sistemu davčne konsolidacije. Z bojem proti davčnim goljufijam bi bilo dejansko mogoče pojasniti obstoj te določbe, vendar je težko razumljivo, zakaj so razmerja med družbami skupine glede na to, ali so uporabile sistem davčne konsolidacije ali ne, obravnavana tako neuravnoteženo. Medtem ko obresti iz posojil znotraj skupine ne glede na sedež družb praviloma niso odbitne, pa za konsolidirane skupine so.

82. Pri posojilu, ki ga neka nizozemska (matična) družba da nizozemski hčerinski družbi, bi v okviru davčne konsolidacije prvonavedena obresti lahko odbila. Če pa matična družba enako posojilo da italijanski hčerinski družbi, konsolidacija ni mogoča in obresti niso odbitne. Če se z vidika preprečevanja izogibanja plačilu davka želi doseči, da ne pride do umetnega zmanjšanja davčne osnove matične družbe na Nizozemskem, potem ni jasno, zakaj se to dopušča, kadar gre izključno za nizozemske družbe, in onemogoča, kadar je vključena družba iz tretje države članice: v obeh primerih lahko pride do enakega izogibanja.

83. Skratka, ne zdi se mi, da je boj proti izogibanju plačilu davka razlog v splošnem interesu, na podlagi katerega bi bilo mogoče upravičiti različno obravnavanje, saj lahko skupine družb rezidentk prav zaradi zasnove davčne konsolidacije na Nizozemskem izkoristijo zakonito ugodnost, medtem ko je ta izključena za skupine, v katerih so tudi družbe nerezidentke. [31]

29 S členom 10a(3) zakona iz leta 1969 odbitnost ni popolnoma onemogočena: odbitek je dopusten, če zadevna družba dokaže, da ne gre za umetni konstrukt, ki nima nobene gospodarske osnove.

30 Sodba z dne 12. septembra 2006, Cadbury Schweppes in Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, točka 51).

31 Komisija je, kot sem že navedel (točka 32), v tem smislu poudarila nedoslednost nizozemskega davčnega sistema, v skladu s katerim se člen 10a zakona iz leta 1969 sicer uporabi tako za nacionalne kot za čezmejne položaje, vendar pa je konsolidiranim skupinam, ki jih tvorijo izključno nacionalni subjekti, dopuščeno, da se izognejo uporabi tega pravila o preprečevanju davčnega izogibanja.

84. Če je mogoče odkriti, ali gre pri odobritvi posojila med matično družbo in hčerinsko družbo rezidentko za prikrit umetni konstrukt, za katerega ni pravih gospodarskih razlogov in ki je namenjen neupravičenemu zmanjšanju davčnega bremena matične družbe,[32] potem ne razumem, zakaj takega preverjanja ne bi bilo mogoče izvesti v zvezi z razmerji med matično družbo in hčerinsko družbo nerezidentko. Ta možnost, da se v vsakem posameznem primeru dokažejo gospodarski razlogi, ki so podlaga za posel, je enostavno *a priori* izključena z ureditvijo, ki je preprosto ne priznava družbam nerezidentkam, ki v skladu z njo ne morejo biti vključene v sistem konsolidacije skupin na Nizozemskem.

85. Nazadnje, Sodišče je že ugotovilo – med drugimi v sodbi Euro Park Service –[33] da bi „uvedba splošnega pravila, ki bi avtomatično izključilo uporabo davčnih ugodnosti za nekatere kategorije operacij, ne glede na to, ali gre dejansko za izogibanje plačilu davka ali davčno utajo ali ne, presegla tisto, kar je potrebno za izogibanje takim utajam ali takim izogibanjem plačilu davka […]“.

C. Zadeva C-399/16

86. Preden se lotim preučitve vprašanj za predhodno odločanje, predloženih v tej zadevi, se mi zdi primerno podati dve opombi. Prva se nanaša na natančno področje, na katerem so upoštevne negativne tečajne razlike, ki vplivajo na deleže matične družbe v njenih hčerinskih družbah nerezidentkah, ko ena in druge poslujejo v različnih valutah.

87. Menim, da je – s tega vidika – pravilen niansiran pristop nizozemske vlade, ki razlikuje med „izgubami iz tečajnih razlik, ki nastanejo hčerinski družbi“, in „izgubami iz tečajnih razlik v zvezi s hčerinsko družbo“. Prve se nanašajo na izgube, ki izhajajo iz naložb, ki jih v tuji valuti izvede hčerinska družba in ki se odražajo v njenem poslovnem izidu. „Izgube iz tečajnih razlik v zvezi s hčerinsko družbo“ pa zmanjšujejo – vsaj s knjigovodskega vidika – vrednost naložbe matične družbe v deleže (izražene v tuji valuti) v hčerinski družbi in vplivajo na poslovni izid matične družbe.

88. V tej zadevi so izgube iz tečajnih razlik neposredno povezane z vrednostjo deležev in ne z uspehom naložb, ki jih je izvedla hčerinska družba. Gre torej za drugega od zgoraj opisanih primerov.

89. Druga opomba se nanaša na povečanje ali zmanjšanje vrednosti deležev, ki jih ima matična družba v kapitalu hčerinske družbe, na katere lahko vplivajo spremembe menjalnega tečaja. Ta dejavnik se lahko presoja z vidika (a) spreminjanja te vrednosti med tem, ko so ti zajeti v premoženju matične družbe, in z vidika (b) razlike v vrednosti, ki se izkaže ob prenosu deležev, torej razlike med nabavno in prodajno vrednostjo.

90. Menim, da to v predložitvenem sklepu ni povsem jasno pojasnjeno: zdi se, da se prvo vprašanje za predhodno odločanje nanaša na primer spremembe lastništva deležev, medtem ko tretje vprašanje zadeva obdobje, v katerem si te deleže neprekinjeno lasti matična družba.

91. Zato se bo za ustrezno zamejitev razprave odgovor na prvo vprašanje moral nanašati na izgubo vrednosti zaradi tečajnih razlik ob prenosu deležev, odgovor na tretje pa na njihovo razvrednotenje med tem, ko so bili del premoženja matične družbe, torej na zgolj knjigovodsko priznanje zmanjšanja vrednosti deležev.

32 Glej opombo 33.

33 Sodba z dne 8. marca 2017 (C-14/16, EU:C:2017:177, točka 55).

1. Prvo vprašanje za predhodno odločanje

92. Glede na stališča strank, zlasti pa tožeče stranke v postopku v glavni stvari, je spor nastal, ker bi bila po njenem mnenju izguba iz tečajnih razlik, ki je postala očitna ob prenosu deležev družbe A Holdings UK na njeno hčerinsko družbo C, odbitna, če bi družba X NV britansko hčerinsko družbo lahko vključila v svojo konsolidirano skupino. [34]

93. Razlog za to je člen 13 zakona iz leta 1969, ki določa tako imenovano „oprostitev udeležbe“: ob ugotavljanju dobička družbe se ne upoštevajo niti ugodnosti, ki izhajajo iz udeležbe, niti stroški, nastali ob pridobitvi ali odsvojitvi te udeležbe. Vendar se to pravilo v primeru davčne konsolidacije ne uporabi.

94. Predložitveno sodišče ugotavlja, da je podano različno obravnavanje, ker matična družba s sedežem na Nizozemskem „glede zneska, ki ga je naložila v hčerinsko družbo s sedežem v drugi državi članici, ne more upoštevati negativne tečajne razlike, medtem ko bi to lahko storila, če bi bila navedena hčerinska družba vključena v davčno skupino – z značilnostmi nizozemske davčne skupine – z navedeno matično družbo s sedežem [na Nizozemskem], kar je pripisati konsolidaciji znotraj davčne skupine“.

95. Na prvi pogled je torej razvidna razlika v obravnavanju, zaradi katere bi bilo lahko ovirano izvajanje svobode ustanavljanja. To razliko bi bilo mogoče uskladiti z določbami PDEU, s katerimi je ta svoboda urejena, le če bi se nanašala na položaje, ki med seboj niso objektivno primerljivi, ali če bi bila upravičena z nujnim razlogom v splošnem interesu.

96. Hoge Raad (vrhovno sodišče) se za reševanje te težave sklicuje na tri pristope, in sicer, (a) da se uporabi davčna ureditev, ki je ustrezna za stalne poslovne enote v tujini, (b) da hčerinske družbe rezidentke delujejo v funkcijski valuti, ki ni evro, in (c) da se pri ugotavljanju davčne osnove ne neupoštevajo zgolj izgube iz tečajnih razlik, temveč tudi morebitni dobički iz tečajnih razlik.

97. Osredotočil se bom na zadnjega od teh treh pristopov; sklicevanje na prva dva ne bo potrebno. Predložitveno sodišče v zvezi s tem upravičeno navaja sodno prakso Sodišča iz sodb Deutsche Shell [35] in X [36]. Sklicujoč se na to sodno prakso sklepa, da bi bila nezmožnost odbitka negativne tečajne razlike lahko upravičena z okoliščino, da prav tako niso upoštevane morebitne pozitivne tečajne razlike. To stališče [37] naj bi bilo podprto s točkami 38, 40 in 41 sodbe X in sklepnimi predlogi generalne pravobranilke Kokott v tej zadevi. [38]

98. Spor, ki je bil rešen na podlagi odgovora iz sodbe X, se je prav tako nanašal na odbitek negativnih presežkov iz prevrednotenja, ki so v zvezi z deleži nastali zaradi izgube, ki je izhajala iz spremembe menjalnega tečaja. Švedska zakonodaja je res onemogočala odbitek izgub iz tečajnih razlik, če je matična družba svoje deleže v hčerinski družbi nerezidentki prodala z negativnim presežkom iz prevrednotenja, vendar prav tako ni določala obdavčitve pozitivnih presežkov iz prevrednotenja, ki so v zvezi s temi deleži nastali zaradi tečajnih razlik.

99. Sodišče je ugotovilo, da v „teh okoliščinah na podlagi določb Pogodbe DEU o svobodi ustanavljanja ni mogoče sklepati, da je ta država članica dolžna izvajati svojo davčno pristojnost – in sicer asimetrično – da bi omogočila odbitek izgub, ki nastanejo pri transakcijah, katerih rezultat, če bi bil pozitiven, sploh ne bi bil obdavčen“. Iz tega je izpeljalo, da je treba člen 49 PDEU „razlagati tako, da

34 Čeprav je v točki 2.5 predložitvenega sklepa omenjena morebitna vključitev družbe C v konsolidirano skupino („oziroma“), pa zainteresirana družba govori izključno o hipotetični vključitvi družbe A Holdings UK.

35 Sodba z dne 28. februarja 2008 (C-293/06, EU:C:2008:129).

36 Sodba z dne 10. junija 2015 (C-686/13, EU:C:2015:375, v nadaljevanju: sodba X).

37 Točka 2.9.5 predložitvenega sklepa: „Ugotovitve iz točk 2.9.1, 2.9.2 in 2.9.4 pomenijo argument za ugotovitev, da ni podana niti neenaka obravnava glede na objektivno primerljive primere niti omejevanje pravice do ustanavljanja, ter za zavrnitev stališča davčne dolžnice.“

38 Sklepni predlogi v zadevi X (C-686/13, EU:C:2015:31).

ne nasprotuje davčni zakonodaji države članice, ki načeloma določa oprostitev plačila davka od dohodkov pravnih oseb za kapitalske dobičke iz lastniških deležev, hkrati pa izključuje odbitek kapitalskih izgub iz teh deležev, tudi kadar te kapitalske izgube izhajajo iz negativne tečajne razlike“. [39]

100. Če prav razlagam nizozemsko zakonodajo, na katero se napotuje v predložitvenem sklepu v tej zadevi, potem menim, da je, kar zadeva „oprostitev udeležbe“ in druge določbe, ki se uporabljajo za obdavčitev pozitivnih in negativnih presežkov iz prevrednotenja, nastalih zaradi spremembe menjalnega tečaja, ki vpliva na deleže v hčerinskih družbah nerezidentkah, mogoče uporabiti enako rešitev kot v sodbi X.

101. Čeprav je v zadevi C-686/13, X, spor nastal v okviru razmerja med matično družbo in njeno hčerinsko družbo, ki nista bili del konsolidirane skupine, ne vidim ovir za to, da bi se ugotovitve iz sodbe, sprejete v navedeni zadevi, prenesle na obravnavano zadevo. Po mojem mnenju je odločilno to, da se tudi dobički, ki izhajajo iz spremembe menjalnega tečaja, v okoliščinah, kakršne so te iz obravnavane zadeve, ne prištevajo v davčno osnovo za odmero davka od dohodkov pravnih oseb. Gre torej, če se izrazim tako kot predložitveno sodišče, za položaj, v katerem „niso upoštevane niti pozitivne niti negativne tečajne razlike“. [40]

102. Če je tako – kot se zdi, da zagovarja nacionalno sodišče ob predstavitvi nacionalnega prava, in potrjuje nizozemska vlada – potem zaradi različnega obravnavanja izgube, ki zaradi tečajnih razlik nastane v vrednosti deležev, ki jih ima matična družba v hčerinski družbi nerezidentki, kadar ta ne more biti del konsolidirane skupine, svoboda ustanavljanja ni omejena, in sicer iz istih razlogov, ki jih je Sodišče že pojasnilo v sodbi X.

103. Zaradi odgovora na to vprašanje za predhodno odločanje preostali dve vprašanji, ki ju je postavilo predložitveno sodišče, nista upoštevni. Vseeno ju bom strjeno in skupaj (sledeč mnenju nizozemske vlade) preučil, če se bo Sodišče odločilo na prvo vprašanje odgovoriti pritrdilno.

2. Drugo in tretje vprašanje za predhodno odločanje

104. Predložitveno sodišče želi izvedeti, če bi matična družba pri svojih izgubah lahko upoštevala negativne presežke iz prevrednotenja deležev v hčerinskih družbah nerezidentkah, ki izhajajo iz spremembe menjalnega tečaja, ali (a) ta možnost velja tudi za „neposredne ali posredne hčerinske družbe (eno ali več) s sedežem na ozemlju Evropske unije, ki jih ima matična družba posredno – preko hčerinske družbe“, in (b) ali se upoštevajo le negativni presežki iz prevrednotenja, „do katerih je […] prišlo v letih, na katera se nanaša spor“, ali tudi te iz prejšnjih let.

105. Zdi se, da iz zakonodajnih podatkov, navedenih v spisu, izhaja, da je s sistemom konsolidacije, ki je vzpostavljen z nizozemskim pravom, omogočena izbira, katere družbe so del skupine (zasnovane kot davčna skupina) in katere niso. [41] Načeloma naj torej ne bi bilo razlogov, na podlagi katerih bi se hčerinskim družbam nerezidentkam zanikalo to, kar se dopušča rezidentkam.

106. Vendar se spor o glavni stvari nanaša zgolj na upoštevanje izgub, ki zaradi sprememb menjalnega tečaja nastanejo v zvezi z deleži v določeni hčerinski družbi nerezidentki. Zato je vsebina drugega vprašanja bolj hipotetična: predmet razprave je, ali je v konsolidirano skupino mogoče vključiti britansko hčerinsko družbo in ne katero koli drugo, posredno ali neposredno hčerinsko družbo. Vprašanje zaradi takšne formulacije postane nedopustno.

39 Sodba X (točki 40 in 41). Prej je v točkah od 36 do 39 Sodišče pojasnilo, zakaj se odgovor iz sodbe z dne 28. februarja 2008, Deutsche Shell (C-293/06, EU:C:2008:129), ne more uporabiti za zadevo X.

40 Točka 2.9.4 predložitvenega sklepa.

41 Glej opombo 23.

107. Prav tako se mi ne zdi, da bi Sodišče lahko dalo koristen odgovor na tretje vprašanje za predhodno odločanje. Nobena od strank v postopku pravzaprav ne predlaga, naj to stori izhajajoč neposredno iz prava Unije. Celo tožeča družba v sporu o glavni stvari (X NV) podpira stališče, da je treba rešitev na vprašanje najbrž izpeljati iz nacionalnega prava in ne prava Unije, saj je pojem obdavčljivega letnega dohodka urejen z nacionalnimi pravili.

108. Naj spomnim, da bi bilo konceptualno mogoče razlikovati med izgubo v zvezi z vrednostjo deležev v času, ko si jih lasti družba A Holdings BV, in to, ki se udejanji ob njihovem prenosu. Zdi se, da se vprašanje nanaša na zmanjšanje vrednosti deležev kot sestavnih delov sredstev družbe, do katere pride zaradi sprememb menjalnih tečajev.

109. Če mora knjigovodstvo pripraviti poročilo o finančnem položaju družbe na konkreten datum, se zmanjšanje vrednosti deležev knjigovodsko lahko izrazi z različnimi merili. Kadar so ti deleži zajeti v sredstvih družbe vlagateljice, je zmanjšanje njihove vrednosti v njenih poslovnih knjigah mogoče izraziti, na primer, z ustreznimi prilagoditvami za pripoznanje izgube zaradi oslabitve.

110. Če so deleži izraženi v tuji valuti, ki ni ta, ki jo uporablja matična družba, lahko spremenljivost menjalnega tečaja povzroči bolj ali manj trajna gospodarska nihanja. Da bi ta nihanja imela vpliv na davčno osnovo za namene davka od dohodkov pravnih oseb, pa bi pri tem – v običajnih razmerah – moralo iti za dejansko gospodarsko izgubo.

111. Sodišče ne more preučiti, ali knjigovodsko priznanje razvrednotenja deležev vpliva na izračun davčne osnove v skladu z nacionalnim pravom. Naloga predložitvenega sodišča je, da v skladu z nacionalno davčno zakonodajo razjasni, ali je prišlo do dejanske gospodarske izgube, ki vpliva na poslovni izid matične družbe bodisi zgolj v letu, v katerem je prišlo do prenosa deležev, bodisi v vsakem od predhodnih obdobij. [42]

VI. Predlog

112. Glede na zgornje navedbe Sodišču predlagam, naj Hoge Raad der Nederlanden (vrhovno sodišče Nizozemske) odgovori tako:

Člen 49 PDEU:

– Nasprotuje nacionalni ureditvi, na podlagi katere matična družba s sedežem v eni državi članici glede posojila, ki je v zvezi s kapitalskim vložkom v hčerinsko družbo s sedežem v drugi državi članici, ne more odbiti obresti, medtem ko bi tak odbitek lahko uveljavila, če bi šlo za hčerinsko družbo, ki je rezidentka v isti državi kot matična družba.

– Ne nasprotuje nacionalni ureditvi, na podlagi katere matična družba s sedežem v eni državi članici od svojih dobičkov na more odbiti negativnih razlik (negativnih presežkov iz prevrednotenja), ki zaradi sprememb menjalnega tečaja nastanejo v zvezi z zneskom njenih deležev v hčerinski družbi s sedežem v drugi državi članici, če s to ureditvijo ravno tako niso obdavčeni dobički (pozitivni presežki iz prevrednotenja), ki nastanejo zaradi teh nihanj.

42 V tem smislu glej po analogiji sodbo z dne 28. februarja 2008, Deutsche Shell (C-293/06, EU:C:2008:129, točki 24 in 25).