

WYROK TRYBUNAŁU (czwarta izba)

z dnia 21 lutego 2013 r. (\*)

Swoboda przedsiębiorczości – Artykuł 49 TFUE – Przepisy podatkowe – Połączenie spółki dominującej z siedzibą w danym państwie członkowskim ze spółką zależną z siedzibą w innym państwie członkowskim – Możliwość odliczenia przez spółkę dominującą strat spółki zależnej wynikających z działalności owej spółki zależnej – Wykluczenie spółek zależnych niebędących rezydentami

W sprawie C-123/11

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Korkein hallinto-oikeus (Finlandia) postanowieniem z dnia 7 marca 2011 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 9 marca 2011 r., w postępowaniu wszczętym przez:

**A Oy,**

TRYBUNAŁ (czwarta izba),

w składzie: L. Bay Larsen, preniący obowiązki prezesa czwartej izby, J.C. Bonichot (sprawozdawca), C. Toader, A. Prechal i E. Jarašinas, sędziowie,

rzecznik generalny: J. Kokott,

sekretarz: L. Hewlett, główny administrator,

uwzględniając pisemny etap postępowania i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 7 czerwca 2012 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu A Oy przez A. Blomqvista, asianajaja,
- w imieniu rządu fińskiego przez M. Pere, działającą w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu rządu niemieckiego przez K. Petersen, działającą w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu rządu francuskiego przez G. de Bergues'a oraz J.S. Pilczera, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu rządu włoskiego przez G. Palmieri, działającą w charakterze pełnomocnika, wspieraną przez M. Santora, avvocato dello Stato,
- w imieniu rządu szwedzkiego przez A. Falk oraz S. Johannesson, działające w charakterze pełnomocników,
- w imieniu rządu Zjednoczonego Królestwa przez C. Murrell, działającą w charakterze pełnomocnika, wspieraną przez K. Bacona oraz R. Hilla, barristers,

– w imieniu Komisji Europejskiej przez R. Lyälä oraz I. Koskinen, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 19 lipca 2012 r.,

wydaje następujący

## Wyrok

1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 49 TFUE i 54 TFUE.

2 Wniosek ten został złożony w ramach postępowania wszczętego przez A Oy (zwaną dalej „A”), spółką prawa fińskiego, przeciwko decyzji keskusverolautakunta (centralnego organu ds. podatkowych), wedle którego A przy dokonywaniu podziału ze szwedzką spółką zależną nie miała prawa do podatkowego odliczenia strat owej spółki zależnej.

## Ramy prawne

### *Prawo międzynarodowe*

3 Artykuł 7 ust. 1 umowy w sprawie unikania podwójnego opodatkowania w zakresie podatków dochodowych i od majątku zawartej między państwami nordyckimi w dniu 23 września 1996 r. w Helsinkach (SopS 26/1997) stanowi, co następuje:

„Zyski przedsiębiorstwa umawiającego się państwa podlegają opodatkowaniu tylko w tym państwie, chyba że przedsiębiorstwo prowadzi w drugim umawiającym się państwie działalność gospodarczą poprzez powołany tam zakład. Jeżeli przedsiębiorstwo wykonuje działalność w ten sposób, to jego zyski mogą być opodatkowane w drugim państwie, jednak tylko w takiej mierze, w jakiej można przypisać je temu zakładowi”.

### *Prawo fińskie*

4 Laki elinkeinotulon verottamisesta (360/1968) [ustawa 360/1968 o opodatkowaniu dochodów pochodzących z działalności gospodarczej], mająca na celu w szczególności transpozycję dyrektywy Rady 2009/133/WE z dnia 19 października 2009 r. w sprawie wspólnego systemu opodatkowania mającego zastosowanie w przypadku podziału, podziałów przez wydzielenie, wnoszenia aktywów i wymiany udziałów dotyczących spółek różnych państw członkowskich oraz przeniesienia statutowej siedziby SE lub SCE z jednego państwa członkowskiego do innego państwa członkowskiego (Dz.U. L 310, s. 34), określa ramy prawne podziału spółek.

5 Paragraf 52a pkt 2 owej ustawy definiuje pojęcie podziału w następujący sposób:

„Podział oznacza czynność, w wyniku której:

[...]

2) spółka przejmowana, na skutek jej rozwiązania bez przechodzenia w stan likwidacji, przekazuje ogół swoich aktywów i pasywów na spółkę przejmującą posiadającą wszystkie papiery wartościowe reprezentujące kapitał spółki przejmowanej lub na spółkę akcyjną posiadającą w całości przez tego rodzaju spółkę”.

6 Tuloverolaki (1535/1992) [ustawa 1535/1992 w sprawie podatku dochodowego] z dnia 30

grudnia 1992 r. (zwana dalej „ustawą w sprawie podatku dochodowego”) określa reżim podatkowy strat spółek.

7 Paragraf 117 wskazanej ustawy przewiduje, że strata pochodząca z działalności gospodarczej zostaje odliczona od dochodów pochodzących z tej działalności w kolejnych latach.

8 Paragraf 119 ust. 1 i 2 wskazanej ustawy stanowi, co następuje:

„Strata, która została doznana w roku podatkowym w związku z działalnością gospodarczą lub rolniczą, zostaje odliczona od zysku pochodzącego z działalności gospodarczej [...] w trakcie dziesięciu kolejnych lat podatkowych w razie uzyskania dochodu.

Strata związana z działalnością gospodarczą oznacza ujemny bilans stwierdzony na podstawie [ustawy 360/1968 o opodatkowaniu dochodów pochodzących z działalności gospodarczej]”.

9 Paragraf 123 ust. 2 owej ustawy przewiduje warunki, na jakich spółka przejmująca może podatkowo uwzględnić straty spółki przejmowanej, poprzez użycie następującego sformułowania:

„W przypadku pozbyczenia spółek [...] spółka przejmująca może zgodnie z §§ 119 i 120 odliczyć od swojego przychodu podlegającego opodatkowaniu stratę poniesioną przez zbywcę [...] spółki, jeżeli spółka przejmująca, akcjonariusze lub udziałowcy od początku roku, w którym wystąpiła strata, posiadali ponad połowę akcji lub udziałów zbywanej lub dzielonej spółki [...]”.

### **Postępowanie główne i pytania prejudycjalne**

10 Spółka A jest fińskim przedsiębiorstwem specjalizującym się w handlu meblami. A posiada spółkę zależną w Szwecji (zwaną dalej „B”). Do A należą całe udziały w B, która wykonuje w Szwecji podobną działalność w trzech wynajmowanych przez siebie lokalach handlowych. A nie posiada innych spółek zależnych w Szwecji.

11 Z powodu strat związanych z jej działalnością spółka B zamknęła swe trzy punkty sprzedaży – jeden z nich w grudniu 2007 r., a pozostałe dwa w marcu 2008 r. B nie zamierza kontynuować działalności gospodarczej w Szwecji, jednak pozostawała związana długoterminowymi umowami najmu dotyczącymi dwóch lokali handlowych. W okresie od 2001 r. do 2007 r. jej deficyt wynosił 44,8 mln SEK.

12 W związku z zakończeniem działalności przez spółkę B spółka A zamierza dokonać pozbyczenia z ową spółkę zależną. Operacja ta byłaby uzasadniona z ekonomicznego punktu widzenia i pozwalałaby w szczególności na przeniesienie na spółkę A umów najmu zawartych przez B. Ponadto chodziłoby o procedurę przejrzystą i prostą do wykonania, która pozwalałaby uprościć strukturę koncernu.

13 Wskutek owej operacji aktywa, pasywa i pozostałości do wykonania zobowiązania B powinny zostać przeniesione na A i spółka dominująca nie będzie już dysponowała spółką zależną ani zakładem w Szwecji.

14 Spółka A przedstawiła keskusverolautakunta wniosek o pisemną interpretację w kwestii, czy po dokonaniu wskazanej operacji będzie ona mogła odliczyć straty spółki B zgodnie z art. 123 ust. 2 ustawy w sprawie podatku dochodowego.

15 Na mocy pisemnej interpretacji z dnia 25 marca 2009 r. keskusverolautakunta udzielił odpowiedzi przeczącej ze względu na to, że straty spółki B zostały stwierdzone w zastosowaniu

szwedzkich przepisów podatkowych. W związku z tym organ ów stwierdził, że straty te nie mogły być objęte zakresem zastosowania § 119 ustawy w sprawie podatku dochodowego.

16 Spółka A zaskarżyła decyzję do Korkein hallinto-oikeus (naczelnego sądu administracyjnego), powołując się w szczególności na swobodę przedsiębiorczości.

17 Sąd odsyłający stwierdza, że w sytuacji, w której spółka będąca rezydentem przejmuje spółkę fińską, może wówczas podatkowo odliczyć straty tej drugiej spółki na warunkach wskazanych w §§ 119 i 123 ustawy w sprawie podatku dochodowego, z zastrzeżeniem, że operacja ta nie mogła zostać dokonana jedynie w celu uzyskania korzyści podatkowej.

18 Wskazany sąd podkreśla, że prawo fińskie nie wskazuje warunków, na jakich możliwe byłoby dokonanie owego odliczenia, gdy spółka przejmowana poza ona jest w innym państwie członkowskim.

19 Sąd odsyłający ma zatem wątpliwości, czy przepisy fińskie nie zawierają ograniczenia swobody przedsiębiorczości, a jeżeli tak, to czy może ono być uznane za uzasadnione ze względu na interes ogólny powołanych przez władze fińskie, związanych z koniecznością zachowania przez państwa członkowskie równowagi podziału kompetencji podatkowych i zapobieżenia niebezpieczeństwu podwójnego opodatkowania strat oraz unikania opodatkowania.

20 W tych okolicznościach Korkein hallinto-oikeus postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy art. 49 TFUE i 54 TFUE należy interpretować w ten sposób, że spółka przejmująca w ramach jej opodatkowania może odliczyć straty ??czonej z niej spółki mającej siedzibę w innym państwie członkowskim pochodzącej z działalności, która odbywa się na terytorium tego innego państwa przed dokonaniem po??czenia, jeżeli spółka przejmująca nie utrzymuje w państwie siedziby spółki, z której została po??czona, ?adnego zak?adu, a zgodnie z przepisami krajowymi może dokonać odliczenia strat poniesionych przez spółkę, z której została po??czona, tylko wtedy, gdy spółka ta ma siedzibę w jej państwie członkowskim albo straty związane są ze znajdującym się w tym państwie zak?adem?

2) W razie udzielenia na pytanie pierwsze odpowiedzi twierdzącej: czy art. 49 TFUE i 54 TFUE mają znaczenie dla kwestii, czy wysoko?? straty, która może zostać odliczona, podlega ustaleniu na podstawie przepisów podatkowych państwa siedziby spółki przejmującej, czy też za straty, które mogą zostać odliczone, należy uważać straty ustalone w państwie siedziby spółki, która została po??czona, na gruncie przepisów tego państwa?”.

*W przedmiocie pytania pierwszego*

21 W pytaniu pierwszym sąd krajowy zmierza zasadniczo do ustalenia, czy art. 49 TFUE i 54 TFUE stoją na przeszkodzie temu, aby przepisy państwa członkowskiego wykluczały możliwość odliczenia przez spółkę dominującą – po po??czeniu ze spółką zależną mającą siedzibę na terytorium innego państwa członkowskiego – od dochodu podlegającego opodatkowaniu strat poniesionych przez ową spółkę zależną w latach podatkowych poprzedzających po??czenie, chociaż przepisy krajowe przyznają taką możliwość, gdy po??czenie jest dokonywane ze spółką zależną będącą rezydentem.

22 Na wstępie należy stwierdzić, że dyrektywa 2009/133 nie reguluje kwestii przejścia ewentualnych strat spółki przejmowanej w tego rodzaju sytuacji.

23 Ponadto rzędy niemiecki, fiński, włoski i Zjednoczonego Królestwa podnoszą, że swoboda

przedsiębiorczości nie ma zastosowania do przypadku będącego przedmiotem postępowania głównego z tego względu, że spółka przejmowana zaprzestaje prowadzenia działalności gospodarczej przed rozpoczęciem i że owa restrukturyzacja jest w rzeczywistości uzasadniona jedynie dążeniem do uzyskania korzyści podatkowej polegającej na odliczeniu strat spółki przejmowanej od podlegającego opodatkowaniu dochodu przejmującej spółki dominującej.

24 W tym względzie należy przypomnieć, że transgraniczne połączenia spółek, tak jak inne przekształcenia spółek, wynikają z potrzeby współpracy i konsolidacji spółek mających siedziby w różnych państwach członkowskich. Stanowią one szczególny sposób korzystania ze swobody przedsiębiorczości, istotny dla prawidłowego funkcjonowania rynku wewnętrznego, i należy zatem do działań gospodarczych, w odniesieniu do których państwa członkowskie zobowiązane są przestrzegać swobody przedsiębiorczości przewidzianej w art. 49 TFUE (wyrok z dnia 13 grudnia 2005 r. w sprawie C-411/03 SEVIC Systems, Zb.Orz. s. I-10805, pkt 19).

25 Należy stwierdzić, że w okolicznościach sprawy przed sądem krajowym utworzenie przez spółkę A spółki zależnej B w Szwecji wynikało z wykonania przez ową spółkę A prawa do swobody przedsiębiorczości, co w konsekwencji prowadzi do zastosowania art. 49 TFUE i 54 TFUE.

26 Wreszcie okoliczności, że transakcja połączenia była uzasadniona jedynie względami podatkowymi i że w ten sposób zainteresowane spółki próbowały w rzeczywistości dokonywać nadużycia polegającego na uchylaniu się od stosowania ustawodawstwa krajowego, nie może sama w sobie skutkować brakiem zastosowania owych przepisów.

27 Zastosowanie wskazanych artykułów jest bowiem kwestią odrębną od tej, czy państwo członkowskie może przedsięwziąć środki w celu zapobieżenia, by niektórzy z jego obywateli, wykorzystując możliwości, jakie otwiera traktat, próbowali dokonywać nadużycia polegającego na uchylaniu się od stosowania ustawodawstwa krajowego (zob. podobnie wyrok z dnia 9 marca 1999 r. w sprawie C-212/97 Centros, Rec. s. I-1459, pkt 18).

28 Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, że swoboda przedsiębiorczości ma zastosowanie w sytuacji tego rodzaju jak zaistniała w postępowaniu głównym.

W przedmiocie ograniczenia swobody przedsiębiorczości

29 W związku z tym, że swoboda przedsiębiorczości ma zastosowanie w niniejszej sprawie, należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, o ile opodatkowanie bezpośrednio należy do kompetencji państw członkowskich, o tyle jednak powinny one wykonywać te kompetencje z poszanowaniem prawa Unii (zob. w szczególności wyrok z dnia 13 grudnia 2005 r. w sprawie C-446/03 Marks & Spencer, Zb.Orz. s. I-10837, pkt 29 i przytoczone tam orzecznictwo).

30 Swoboda przedsiębiorczości, której art. 49 TFUE przyznaje obywatelom państw Unii, obejmuje, zgodnie z art. 54 TFUE, przysługującą spółkom, utworzonym zgodnie z ustawodawstwem państwa członkowskiego i mającym statutów siedzib, zarząd lub główny zakład na terytorium Unii, prawo wykonywania działalności w danych państwach członkowskich za pośrednictwem spółki zależnej, oddziału lub agencji (zob. w szczególności wyroki: z dnia 21 września 1999 r. w sprawie C-307/97 Saint-Gobain ZN, Rec. s. I-6161, pkt 35; z dnia 25 lutego 2010 r. w sprawie C-337/08 X Holding, Zb.Orz. s. I-1215, pkt 17).

31 W tym względzie dostępną na mocy fińskiego prawa możliwość uwzględnienia przez spółkę dominującą strat spółki zależnej przy połączeniu z tą drugą spółką stanowi dla spółki dominującej korzyść podatkową.

32 Wykluczenie owej korzyści w stosunkach pomiędzy spółką dominującą bądź rezydentem a jej spółką zależną z siedzibą w innym państwie członkowskim może sprawić, że wykonywanie swobody przedsiębiorczości będzie w tym państwie mniej atrakcyjne, i w związku z tym może zniechęcać do tworzenia tam spółek zależnych.

33 Takie odmienne traktowanie może zostać uznane za zgodne z postanowieniami traktatu FUE dotyczącymi swobody przedsiębiorczości jedynie wtedy, gdy dotyczy sytuacji, które nie są obiektywnie porównywalne, lub gdy jest uzasadnione nadrzędnymi względami interesu ogólnego (zob. podobnie wyrok z dnia 12 grudnia 2006 r. w sprawie C-446/04 *Test Claimants in the FII Group Litigation*, Zb.Orz. s. I-11753, pkt 167). Z orzecznictwa Trybunału wynika, że porównywalność sytuacji transgranicznej i sytuacji wewnętrznej należy badać z uwzględnieniem celu realizowanego przez rozpatrywane przepisy krajowe (zob. analogicznie wyrok z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie C-231/05 *Oy AA*, Zb.Orz. s. I-6373, pkt 36–38).

34 O ile w prawie podatkowym siedziba podatników stanowi czynnik mogący uzasadniać różnice w traktowaniu podatników bądź rezydentami i podatników niebądź rezydentami, o tyle jednak nie jest tak zawsze. Dopuszczenie do tego, by państwo członkowskie pojęcia przedsiębiorstwa mogło swobodnie stosować zróżnicowane traktowanie z tego tylko względu, że siedziba spółki pożądana jest w innym państwie członkowskim, uczyniłoby art. 49 TFUE bezprzedmiotowym (zob. w szczególności ww. wyrok w sprawie *Marks & Spencer*, pkt 37).

35 W tym względzie sytuacja z jednej strony spółki dominującej bądź rezydentem, która zamierza połączyć się ze spółką zależną bądź rezydentem i skorzysta w tych ramach z możliwości podatkowego odliczenia strat owej spółki zależnej, oraz z drugiej strony sytuacja spółki dominującej bądź rezydentem, która zamierza dokonać tej samej operacji ze spółką zależną niebądź rezydentem, są – przy uwzględnieniu celu przepisów podatkowych tego rodzaju jak przepisy sporne w postępowaniu głównym, polegającego na skorzystaniu przez spółkę dominującą z korzyści podatkowej poprzez możliwość odliczenia podatkowego strat spółki zależnej – obiektywnie porównywalne.

36 Rzeczywiście i Zjednoczonego Królestwa podnoszą jednak, że odmowa dopuszczenia podatkowego odliczenia strat nie stanowi ograniczenia swobody przedsiębiorczości, ponieważ, jak wynika ze stwierdzeń sądu odsyłanych wskazanych w pkt 17 niniejszego wyroku, odmowa odliczenia od dochodu podlegającego opodatkowaniu strat spółki przejmowanej została w tych samych okolicznościach udzielona również wówczas, gdyby połączenie było dokonywane ze spółką bądź rezydentem, z tego względu, że operacja ta jest uzasadniona wyłącznie uzyskaniem korzyści podatkowej.

37 Jednakże do sądu krajowego należy dokonanie oceny, czy ma to miejsce w postępowaniu głównym. W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej spółka A nie mogłaby w rzeczywistości podnieść odmiennego traktowania pomiędzy spółkami bądź rezydentami a spółkami niebądź rezydentami.

38 Wobec braku dodatkowych wyjaśnień w postanowieniu odsyłającym Trybunał powinien w każdym razie orzec również w kwestii, czy przy założeniu, że odmowa odliczenia strat zostaje udzielona z innych względów, odmienne traktowanie względem spółek niebądź rezydentami jest uzasadnione nadrzędnymi względami interesu ogólnego.

39 W tym zakresie należy zbadać, czy tego rodzaju odmienne traktowanie jest odpowiednie dla zagwarantowania realizacji powoływanego celu i nie wykracza poza to, co niezbędne do jego osiągnięcia (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie *Marks & Spencer*, pkt 35).

W przedmiocie uzasadnienia ograniczenia

40 Rzędy, które przedstawiły Trybunałowi swe uwagi, uważają, że różnica w traktowaniu, której dotyczy postępowanie główne, jest uzasadniona koniecznością zachowania rozdziału kompetencji podatkowych pomiędzy państwami członkowskimi oraz zapobieżenia niebezpieczeństwu podwójnego opodatkowania strat oraz unikania opodatkowania.

41 Co się tyczy, po pierwsze, konieczności zachowania rozdziału kompetencji podatkowych pomiędzy państwami członkowskimi, może ona uzasadniać różnicę w traktowaniu wówczas, gdy badane przepisy zmierzają do zapobieżenia zachowaniom, które mogłyby zagrażać prawu państwa członkowskiego do wykonywania przysługującej mu kompetencji podatkowej w związku z działalnością wykonywaną na jego terytorium (zob. podobnie wyroki: z dnia 29 marca 2007 r. w sprawie C-347/04 Rewe Zentralfinanz, Zb.Orz. s. I-2647, pkt 42; ww. wyrok w sprawie Oy AA, pkt 54).

42 A zatem zachowanie rozdziału kompetencji podatkowej między państwami członkowskimi może uczynić koniecznym zastosowanie do działalności gospodarczej spółek mających siedzibę w jednym z tych państw wyjątkowo jego przepisów podatkowych, zarówno w zakresie dochodów, jak i strat (ww. wyrok w sprawie Marks & Spencer, pkt 45).

43 Przyznanie spółkom prawa wyboru w zakresie uwzględniania ich strat w państwie członkowskim po zakończeniu ich przedsiębiorstwa lub w innym państwie członkowskim naruszyłoby w znacznym stopniu wyważony podział kompetencji między państwami członkowskimi (zob. ww. wyrok w sprawie Oy AA, pkt 55), jako że podstawy opodatkowania zostałyby w obydwu państwach członkowskich zmienione w wysokości przeniesionych strat.

44 Co się tyczy następnie niebezpieczeństwa podwójnego opodatkowania strat, należy wskazać, że tego rodzaju niebezpieczeństwo zachodzi rzeczywiście wówczas, gdy w ramach pojęcia tego rodzaju jak pojęcie w postępowaniu głównym spółka dominująca z siedzibą w innym państwie członkowskim korzysta z możliwości odliczenia od dochodów podlegających opodatkowaniu strat przejmowanej spółki zależnej. Niebezpieczeństwo to zostaje usunięte poprzez przepis wykluczający tę możliwość (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Marks & Spencer, pkt 47, 48).

45 Odnosząc się wreszcie do ryzyka unikania opodatkowania, możliwość przekazywania strat spółki zależnej niebędącej rezydentem spółce będącej rezydentem w ramach pojęcia niesie ze sobą ryzyko, że tego typu restrukturyzacja nastąpi w ramach grupy spółek celem uwzględnienia strat w państwach członkowskich stosujących najwyższe stawki opodatkowania, w których skutek tego podatkowa wartość strat będzie największa (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Marks & Spencer, pkt 49).

46 Biorąc pod uwagę wyjątkowo owe argumenty, należy stwierdzić, że przepisy państwa członkowskiego, które w ramach pojęcia tego rodzaju jak w postępowaniu głównym wykluczają możliwość odliczenia przez spółkę dominującą z siedzibą w tym państwie członkowskim od jej dochodu podlegającego opodatkowaniu strat przejmowanej spółki zależnej z siedzibą w innym państwie członkowskim, po pierwsze, służą realizacji służących celów zgodnych z traktatem i należących do nadrzędnych względów interesu ogólnego, oraz po drugie, służą w sposób właściwy dla zagwarantowania osiągnięcia tych celów (zob. podobnie w szczególności ww. wyrok w sprawie Marks & Spencer, pkt 51).

47 Niemniej należy zbadać, czy owe przepisy nie wykraczają poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia wskazanych celów (zob. podobnie w szczególności ww. wyrok w sprawie Marks &

Spencer, pkt 53).

48 Co się tyczy proporcjonalności ograniczenia swobody przedsiębiorczości, należy na wstępie wskazać, że przyznanie spółce dominującej możliwości uwzględnienia strat jej spółki zależnej niebędącej rezydentem w ramach pojęcia transgranicznego nie umożliwia a priori spółce dominującej dokonywania z roku na rok swobodnego wyboru systemu podatkowego mającego zastosowanie do strat jej spółek zależnych (zob. a contrario ww. wyrok w sprawie X Holding, pkt 31).

49 Z orzecznictwa Trybunału wynika ponadto, że stanowiący ograniczenie przepis rozważany w postępowaniu głównym wykracza poza to, co jest niezbędnym do osiągnięcia istoty zamierzonych celów, w sytuacji gdy spółka zależna niebędąca rezydentem wyczerpała możliwości uwzględnienia strat poniesionych w państwie, w którym jest rezydentem (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Marks & Spencer, pkt 55). Do spółki dominującej należy wykazanie, że miało to miejsce (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Marks & Spencer, pkt 56).

50 W zakresie dotyczącym postępowania głównego prawdą jest, że z akt sprawy przekazanych Trybunałowi wynika, iż prawo szwedzkie przewiduje możliwość uwzględnienia, dla celów obliczenia podstawy opodatkowania, strat podatnika w ramach przyszłych lat podatkowych.

51 Jednakże spółka A podniosła, że po dokonaniu operacji pojęcia spółka B zostanie zlikwidowana i spółka A nie będzie już posiadać spółki zależnej ani zakładu w Szwecji. W związku z tym żadna z tych dwóch spółek nie będzie miała po pojęciu możliwości zgłoszenia w Szwecji strat spółki B poniesionych w tym państwie członkowskim przed ową operacją.

52 Tymczasem wystąpienie owych szczególnych okoliczności nie może samo w sobie prowadzić do wykazania braku jakiegokolwiek możliwości uwzględnienia strat, które wystąpiły w państwie siedziby spółki zależnej.

53 Wiele państw członkowskich, które wzięły udział w postępowaniu w charakterze interwenientów, uważa, że w dalszym ciągu istnieje możliwość uwzględnienia strat spółki B w Szwecji. Rząd niemiecki podnosi, że owe straty mogłyby zostać odliczone od dochodów, choć minimalnych, które B w dalszym ciągu zyskuje w Szwecji. Rząd ów dodaje, że owa spółka jest wciąż zobowiązana w ramach umów najmu, które mogły zostać sędowane. Rząd francuski również podkreśla, że prawo szwedzkie mogłoby umożliwić spółkom uwzględnienie strat w ramach poprzednich lat podatkowych lub przy okazji opodatkowania zysków kapitałowych realizowanych w związku z aktywami i pasywami spółki przejmowanej. Rząd włoski podnosi, że Szwecja miaaby prawo ocenić przenoszone dobra i opodatkować spółkę przejmowaną w odniesieniu do wygenerowanego w ten sposób zysku.

54 W związku z tym do sądu krajowego należy ustalenie, czy spółka A rzeczywiście przedstawiła dowód, że spółka B wyczerpała wszystkie istniejące w Szwecji możliwości uwzględnienia strat.

55 Przy założeniu, że sąd odsyłający doszedłby do wniosku, iż ów dowód został przedstawiony, wykluczenie możliwości odliczenia przez spółkę A od jej dochodu podlegającego opodatkowaniu w państwie jej siedziby strat poniesionych przez jej spółkę zależną niebędącą rezydentem w ramach operacji pojęcia będącego przedmiotem postępowania głównego byłoby sprzeczne z art. 49 TFUE i 54 TFUE.

56 Mając na uwadze powyższe, na pierwsze pytanie należy udzielić odpowiedzi, że w okolicznościach postępowania głównego art. 49 TFUE i 54 TFUE nie stoją na przeszkodzie



przepisom krajowym wykluczającym możliwość odliczenia przez spółkę dominującą – dokonującą poźniejszego zależnego mającego siedzibę w innym państwie członkowskim, która zaprzęta działaności – od dochodu podlegającego opodatkowaniu strat poniesionych przez ową spółkę zależną w latach podatkowych poprzedzających poźniejszenie, chociaż przepisy krajowe przyznają taką możliwość, gdy poźniejszenie jest dokonywane ze spółki zależnej będcą rezydentem. Tęgo rodzaju przepisy są jednak niezgodne z prawem Unii, jeżeli nie dają spółce dominującej sposobności wykazania, że spółka zależna niebędcą rezydentem wyczerpała możliwość uwzględnienia swych strat oraz że nie istnieje możliwość ich uwzględnienia w państwie jej siedziby w przyszłych latach podatkowych przez nią samą albo przez osobę trzecią.

### *W przedmiocie pytania drugiego*

57 W drugim pytaniu prejudycjalnym sąd odsyłający zmierza zasadniczo do ustalenia, czy w przypadku, w którym zastosowanie prawa Unii upoważniaoby spółkę dominującą do uwzględnienia strat jej spółki zależnej niebędcą rezydentem w ramach poźniejszenia tego rodzaju jak poźniejszenie w postępowaniu gównym, owe straty powinny zostać określone w zastosowaniu prawa państwa członkowskiego siedziby spółki dominującej, czy też w zastosowaniu prawa państwa siedziby jej spółki zależnej.

58 W tym względzie należy w pierwszej kolejności stwierdzić, że w aktualnym stanie prawa Unii swoboda przedsiębiorczości co do zasady nie obejmuje zastosowania określonego prawa do obliczenia strat przejmowanej spółki zależnej przejtych przez spółkę dominującą w ramach operacji tego rodzaju jak operacja sporna w postępowaniu gównym.

59 Prawo Unii sprzeciwia się natomiast temu, by owe sposoby obliczenia stanowiły ograniczenie swobody przedsiębiorczości. Z powyższego wynika, że zasadniczo owo obliczenie nie powinno prowadzić do nierówności traktowania w porównaniu do obliczenia, które zostałyoby dokonane w tym samym przypadku dla przejcia strat spółki będcą rezydentem.

60 Tęgo rodzaju pytanie nie może jednak zostać rozpatrzone w sposób abstrakcyjny i hipotetyczny, lecz powinno być, o ile to konieczne, przedmiotem analizy w ramach konkretnego przypadku.

61 W tych okolicznościach na pytanie drugie należy udzielić odpowiedzi, że zasady obliczenia strat spółki zależnej niebędcą rezydentem dla celów ich przejcia przez spółkę dominującą będcą rezydentem w ramach operacji tego rodzaju jak operacja sporna w postępowaniu gównym nie powinny stanowić nierówności w traktowaniu w porównaniu do zasad obliczania mających zastosowanie, gdyby owo poźniejszenie zostało dokonane ze spółki zależnej będcą rezydentem.

### **W przedmiocie kosztów**

62 Dla stron w postępowaniu gównym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed sądem odsyłającym, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż koszty stron w postępowaniu gównym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (czwarta izba) orzeka, co następuje:

1) **W okolicznościach postępowania gównego art. 49 TFUE i 54 TFUE nie stoją na przeszkodzie przepisom krajowym wykluczającym możliwość odliczenia przez spółkę dominującą – dokonującą poźniejszego zależnego mającego siedzibę w innym państwie członkowskim, która zaprzęta działaności – od dochodu podlegającego opodatkowaniu strat poniesionych przez ową spółkę zależną w latach podatkowych poprzedzających poźniejszenie, chociaż przepisy krajowe przyznają taką możliwość, gdy**

po??czenie jest dokonywane ze spó?k? zale?n? b?d?c? rezydentem. Tego rodzaju przepisy s? jednak niezgodne z prawem Unii, je?li nie daj? spó?ce dominuj?cej sposobno?ci wykazania, ?e spó?ka zale?na nieb?d?ca rezydentem wyczerpa?a mo?liwo?ci uwzgl?dnienia swych strat oraz ?e nie istnieje mo?liwo?ci ich uwzgl?dnienia w pa?stwie jej siedziby w przysz?ych latach podatkowych przez ni? sam? albo przez osob? trzeci?.

2) Zasady obliczenia strat spó?ki zale?nej nieb?d?cej rezydentem dla celów ich przej?cia przez spó?k? dominuj?c? b?d?c? rezydentem w ramach operacji tego rodzaju jak operacja sporna w post?powaniu g?ównym nie powinny stanowi? nierówno?ci w traktowaniu w porównaniu do zasad obliczania maj?cych zastosowanie, gdyby owo po??czenie zosta?o dokonane ze spó?k? zale?n? b?d?c? rezydentem.

Podpisy

\* J?zyk post?powania: fi?ski.