



Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
P. MENGOZZI
представено на 5 юни 2018 година¹

Дело C-135/17

X-GmbH
срещу
Finanzamt Stuttgart — Körperschaften

(Преюдициално запитване, отправено от Bundesfinanzhof (Федерален финансов съд, Германия))

„Преюдициално запитване — Свободно движение на капитали — Членове 56 ЕО и 57 ЕО — Движение на капитали между държавите членки и трети страни — Ограничения — Клауза „standstill“ — Преки инвестиции — Правна уредба на държава членка, предвиждаща данъчно облагане на доходите от дружества със седалище в чужбина — Обосноваване — Противоположение на напълно изкуствени схеми — Балансирано разпределение на правомощията за данъчно облагане — Запазване на ефективността на данъчния контрол“

I. Въведение

1. С преюдициалното запитване Bundesfinanzhof (Федерален финансов съд, Германия) поставя на Съда въпроси относно тълкуването на членове 56 ЕО и 57 ЕО (понастоящем съответно членове 63 ДФЕС и 64 ДФЕС), за да установи по същество дали германският режим, приложим за „дяловите участия в чуждестранни междинни дружества“², води до ограничаване на свободното движение на капитали спрямо трети страни, което, ако не е обхванато от клаузата „standstill“, предвидена в член 57, параграф 1 ЕО, може да бъде обосновано с императивни съображения от общ интерес, по-специално със съображение за противоположение на напълно изкуствени схеми.

2. Запитването е отправено в рамките на спор между X-GmbH, дружество по германското право, и Finanzamt Stuttgart-Körperschaften (Данъчна служба Щутгарт — Служба за юридически лица, Германия) по повод на прибавянето на доходите, реализирани през 2005 г. и 2006 г. от Y, дружество по швейцарското право, в което X притежава 30 % от дяловете, към облагаемата основа на последното, съгласно разпоредбите на Gesetz über die Besteuerung bei Auslandsbeziehungen (Aussensteuergesetz) (Закон за данъчно облагане на сделките в чужбина)³ от 8 септември 1972 г., в редакцията му съгласно Missbrauchsbekämpfungs- und

¹ Език на оригиналния текст: френски.

² В крайна сметка става дума за режима относно „контролираните чуждестранни дружества“ (наричани по-нататък „КЧД“). Следва да се отбележи, че съвместимостта на този режим с основните свободи на движение е можела да бъде разглеждана още по делото, по което е постановено решение от 6 декември 2007 г., Columbus Container Services (C-298/05, EU:C:2007:754), ако съгласно германското данъчно право това образувание е било счтено не за персонално, а за капиталово дружество: вж. в това отношение заключението ми по дело Columbus Container Services (C-298/05, EU:C:2007:197, т. 32—37 и бележка под линия 14).

³ BGBl. 1972 I, стр. 1713.

Steuerbereinigungsgesetz (Закон за данъчно хармонизиране и борба срещу измамата) от 21 декември 1993 г.⁴ и Gesetz zur Fortentwicklung des Unternehmenssteuerrechts (Закон за развитието на корпоративното данъчно законодателство) от 20 декември 2001 г.⁵ (по-нататък „UntStFG 2001“) (наричан по-нататък „AStG“).

3. От акта за преюдициално запитване е видно, че съгласно член 7, параграфи 6 и 6а, както и съгласно член 8 от AStG доходите на чуждестранно дружество, в капитала на което местно за Германия данъчнозадължено лице притежава най-малко 1 % дялово участие, подлежат на облагане при това данъчнозадължено лице, ако става дума за „междинни доходи с характер на капиталови инвестиции“, т.е. ако в чужбина подлежат на облагане на печалбата с ниска данъчна ставка, която е под 25 %, и не произхождат от така наречените „активни“ икономически дейности.

4. По делото в главното производство е безспорно, че германската данъчна администрация квалифицира дружеството Y като чуждестранно междинно дружество за „междинни доходи с характер на капиталови инвестиции“ по смисъла на член 7, параграфи 6 и 6а от AStG. Всъщност през разглежданите данъчни периоди германската данъчна администрация приема, че вземанията, които Y придобива от германско дружество и отчасти посредством заем, предоставен от X, дават право на участие в печалбата на четири германски спортни клуба, по-специално в печалбата на последните от медийни права. Следователно реализираните от Y доходи трябва да бъдат квалифицирани като междинни доходи с характер на капиталови инвестиции, и включени в облагаемата основа на X през двата спорни данъчни периода в главното производство.

5. След като неуспешно оспорва решенията на германската данъчна администрация, X отнася въпроса до Bundesfinanzhof (Федерален финансов съд).

6. Bundesfinanzhof (Федералният финансов съд) отбелязва, че предвидените в член 7, параграфи 6 и 6а от AStG правила за прибавяне на междинните доходи с характер на капиталови инвестиции, към облагаемата основа на акционер, неограничено данъчнозадължено лице в Германия, обхващат само дяловите участия в чуждестранни дружества. В това отношение Bundesfinanzhof приема, че разглежданото германско законодателство по принцип би могло да представлява забранено ограничение на свободното движение на капитали по смисъла на член 56, параграф 1 ЕО.

7. Bundesfinanzhof (Федералният финансов съд) обаче поставя въпроса дали това национално законодателство е допустимо от правото на Съюза, като се има предвид клаузата „standstill“ по член 57, параграф 1 ЕО, съгласно която член 56 ЕО не накърнява прилагането спрямо трети страни на всяко от ограниченията, действащи към 31 декември 1993 г. по силата на националното право, които са приети по отношение на движението на капитали от и към трети страни, свързано по-специално с преки инвестиции. В това отношение, като припомня практика на Съда, съгласно която по принцип националният съд е този, който определя съдържанието на законодателството, „действащо“ към 31 декември 1993 г., тази юрисдикция счита, че е необходимо Съдът да даде пояснения относно разглежданото германско законодателство, по-специално във връзка с два аспекта.

8. На първо място, съгласно дадените от Bundesfinanzhof (Федералният финансов съд) разяснения правилата за прибавяне на „междинните доходи с характер на капиталови инвестиции“ към облагаемата основа на акционер, неограничено данъчнозадължено лице в Германия, които са в сила към 31 декември 1993 г., са изменени с Gesetz zur Senkung der

4 BGBl. 1993 I, стр. 2310.

5 BGBl. 2001 I, стр. 3858.

Steuersätze und zur Reform der Unternehmensbesteuerung (Steuersenkungsgesetz) (Закон за намаляване на данъка и реформиране на данъчното облагане на предприятията) от 23 октомври 2000 г. (наричан по-нататък „StSenkG 2000“)⁶. Тази юрисдикция констатира, че StSenkG 2000, макар действително да изменя значително посочените правила, приложими към 31 декември 1993 г., самите изменения, които този закон е трябвало да внесе в AStG, са били отменени с UntStFG 2001 още преди първото им прилагане към такива доходи в конкретен случай.

9. В това отношение Bundesfinanzhof (Федералният финансов съд) счита, че не са изключени неточности при отговора на въпроса дали съгласно член 57, параграф 1 ЕО гаранцията за запазването на дадено ограничение на свободното движение на капитали, действало към 31 декември 1993 г., може да отпадне само въз основа на формалното нормативно действие на изменящото законодателство или изменението трябва също така да е било действително приложено на практика.

10. На второ място, по отношение на правилата за прибавяне на междинните доходи с характер на капиталови инвестиции, към облагаемата основа на акционер, неограничено данъчнозадължено лице в Германия, UntStFG 2001 е въвел отново правните последици, действали към 31 декември 1993 г., с изключение на един елемент. По-специално UntStFG 2001 е намалил необходимия за такова прибавяне минимален процент на дялово участие в чуждестранното контролирано дружество, който по-рано е бил 10 %, на 1 %. Освен това при определени обстоятелства това прибавяне следвало да се прилага дори за дяловите участия под 1 %. Макар обаче това разширяване на приложното поле на посочените правила и за портфейлните дялови участия в размер под 10 % да представлява според Bundesfinanzhof (Федералният финансов съд) съществено изменение, с което в значителна степен се разширява обхватът на ограничението на трансграничното движение на капитали, това изменение не се отнася до преките инвестиции по смисъла на член 57, параграф 1 ЕО, а само до портфейлните дялови участия. Ето защо Bundesfinanzhof (Федералният финансов съд) счита, че клаузата „standstill“ би могла да бъде приложена в случая, тъй като въведеното с UntStFG 2001 изменение относно портфейлните дялови участия не засяга правилата, приложими към особеното положение на X, чието участие от 30 % в дружеството Y представлява пряка инвестиция.

11. В случай че разглежданото национално законодателство не попада в обхвата на клаузата „standstill“ поради един от тези два аспекта, Bundesfinanzhof (Федералният финансов съд) иска да установи дали такова законодателство не представлява забранено ограничение на свободното движение на капитали, което евентуално може да бъде обосновано с императивни съображения от общ интерес. В това отношение Bundesfinanzhof (Федералният финансов съд) припомня, че Съдът е анализирал въпроса за облагането на доходите на междинните дружества по делото, по което е постановено решение от 12 септември 2006 г., Cadbury Schweppes и Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544). Отбелязва обаче, че това дело се вписва в контекста на свободата на установяване, прилагана в отношенията между държавите членки, а не в контекста на свободното движение на капитали, приложимо и в отношенията между държавите членки и трети страни. Ако тази съдебна практика бъде приложена към случай като този в главното производство, Bundesfinanzhof (Федералният финансов съд) изразява съмнения относно обосноваването на националното законодателство.

⁶ BGBl. 2000 I, стр. 1433.

12. При тези обстоятелства Bundesfinanzhof (Федералният финансов съд) решава да спре производството и да постави на Съда следните преюдициални въпроси:

- „1. Трябва ли член 57, параграф 1 ЕО (понастоящем член 64, параграф 1 ДФЕС) да се тълкува в смисъл, че действащо към 31 декември 1993 г. ограничение на движението на капитали, свързано с преки инвестиции от държава членка към трети страни, не се засяга от член 56 ЕО (понастоящем член 63 ДФЕС) и тогава, когато към референтната дата се прилага действащо ограничаващо движението на капитали с трети страни национално законодателство по същество само за преките инвестиции, но след референтната дата то е разширено в смисъл, че обхваща и портфейлните дялови участия в чуждестранни дружества, които са под праг на капиталово участие от 10 %?
2. Ако отговорът на първия въпрос е утвърдителен: трябва ли член 57, параграф 1 ЕО [понастоящем член 64, параграф 1 ДФЕС] да се тълкува в смисъл, че следва да се приеме като прилагане на действаща към референтната дата 31 декември 1993 г. национална разпоредба за ограничение на движението на капитали с трети страни, свързано с преки инвестиции, прилагането на по-късна разпоредба, съответстваща по същество на действащото към референтната дата ограничение, когато след референтната дата това ограничение за кратко време е изменено съществено със закон, който действително е влязъл в сила, но на практика никога не е прилаган, тъй като още преди момента на първото му прилагане към конкретен случай е заменен с приложимото понастоящем законодателство?
3. Ако отговорът на първите два въпроса е отрицателен: допуска ли член 56 ЕО [понастоящем член 63 ДФЕС] законодателство на държава членка, съгласно което към данъчната основа на данъчнозадължено лице, установено в съответната държава членка, което притежава най-малкото 1 % дялово участие в установено в друга държава (в случая: Швейцария) дружество, се прибавят реализираните от това дружество положителни доходи, които имат характер на капиталови инвестиции, пропорционално, в размер на съответния размер на дяловото участие, когато за тези доходи там е предвидено по-ниско равнище на данъчно облагане в сравнение с приложимото в първата държава?“.

13. Писмени становища по тези въпроси представят жалбоподателят в главното производство, германското, френското и шведското правителство и Европейската комисия. Устните становища на тези заинтересовани страни са изслушани в съдебното заседание от 5 март 2018 г., на което единствено френското и шведското правителство не са били представявани.

II. Анализ

14. Докато първите два въпроса, отправени от запитващата юрисдикция, се отнасят до тълкуването на предвидената в член 57, параграф 1 ЕО клауза „standstill“, прилагането на която предполага разглежданото в главното производство законодателство да бъде квалифицирано като ограничение на свободното движение на капитали в противоречие с член 56, параграф 1 ЕО, то с третия се поставя именно въпросът за това квалифициране и за обосноваването на такова ограничение.

15. Поради това анализът по-долу няма да следва поредността на поставените от запитващата юрисдикция въпроси. На първо място, ще обсъдя дали разглежданият в главното производство германски режим, който е приложим за „дяловите участия в чуждестранни междинни дружества“, представлява ограничение по смисъла на член 56, параграф 1 ЕО, което според мен не буди съмнение (раздел А). На второ място, следва да се определи дали това ограничение може все пак да бъде запазено с довода, че е обхванато от предвидената в член 57, параграф 1 ЕО клауза „standstill“ (раздел Б). В това отношение отсега посочвам, че според мен разглежданото в главното производство законодателство отговаря на времевия и материален

критерий, предвиден в тази разпоредба. Ето защо само при условията на евентуалност, в случай че Съдът не приеме моя анализ относно приложимостта на клаузата „standstill“, на трето място, ще разгледам дали ограничението на свободното движение на капитали, съдържащо се в разглежданото в главното производство законодателство, може да бъде обосновано с императивно съображение от общ интерес (раздел В).

А. По наличието на ограничение на свободното движение на капитали по смисъла на член 56, параграф 1 ЕО

1. По приложимостта на свободното движение на капитали

16. В самото начало е важно да се припомни, че AStG се прилага за всяко установено в Германия данъчнозадължено лице, което притежава дялово участие в дружество от трета страна, прилагаща съгласно AStG облагане на печалбата на това дружество с ниска данъчна ставка, без такова участие на германското данъчнозадължено лице непременно да позволява да се упражнява безспорно влияние върху решенията на съответното дружество и да се определя дейността му. Всъщност съгласно член 7 от AStG през разглежданите по главното производство данъчни периоди прибавянето на реализираните от дружество от трета страна доходи към данъчната основа на акционера в това дружество, неограничено данъчнозадължено лице в Германия, независимо от самото разпределяне на печалбата, се прилага автоматично за всяко дялово участие от най-малко 1 % в съответното дружество от тази трета страна.

17. Следва да се отбележи, че по делото в главното производство предвидената в член 56, параграф 1 ЕО приложимост на свободното движение на капитали не е оспорена от никоя от заинтересованите страни, тъй като самата запитваща юрисдикция основателно е отхвърлила приложимостта на свободата на установяване по отношение на разглежданото в главното производство данъчно законодателство.

18. Всъщност по аналогия със съдебната практика, изведена от решение от 13 ноември 2012 г., *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-35/11, EU:C:2012:707, т. 98—100 и 104), такова законодателство, което, от една страна, не се прилага само по отношение на дяловите участия на дружество от държава членка, позволяващи да се упражнява безспорно влияние върху съответното дружество от трета страна, а от друга страна, се отнася единствено до данъчното третиране на доходите на дружество от държава членка, произтичащо от инвестиции в дружество, установено в трета страна, несъмнено трябва да се преценява с оглед на член 56, параграф 1 ЕО⁷.

19. В подобен контекст само разглеждането на предмета на националното законодателство е достатъчно, за да се прецени дали съответното данъчно третиране попада в обхвата на свободното движение на капитали⁸. При всички положения следователно не трябва да се вземат предвид конкретните обстоятелства по главното производство, тоест в случая дялово участие от 30 % в дружеството Y в Швейцария. Всъщност, независимо от това дали такова дялово участие би могло да предостави на X възможност да упражнява решаващо влияние върху решенията на Y — което само по себе си не е очевидно, като се има предвид разпределението на дружествения капитал на последното, който е собственост на единствен

⁷ Вж. също решения от 10 април 2014 г., *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* (C-190/12, EU:C:2014:249, т. 27—32), от 11 септември 2014 г., *Kronos International* (C-47/12, EU:C:2014:2200, т. 38, 41 и 54), и от 24 ноември 2016 г., *SECIL* (C-464/14, EU:C:2016:896, т. 34, 35 и 41—43).

⁸ Вж. по-специално и по аналогия във връзка с данъчното третиране в държава членка на дивиденди с произход от трета държава решения от 10 април 2014 г., *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* (C-190/12, EU:C:2014:249, т. 29), и от 24 ноември 2016 г., *SECIL* (C-464/14, EU:C:2016:896, т. 34).

друг акционер — тези обстоятелства не могат да водят в контекста на отношенията с трети страни и с оглед на целта на разглежданите разпоредби от AStG до неприложимост на свободното движение на капитали в полза на свободата на установяване, която, както е известно, не обхваща отношенията с трети страни⁹.

20. Ако приложимостта на свободното движение на капитали трябваше да отстъпи пред свободата на установяване единствено с оглед на тези обстоятелства, това би довело, както вече категорично посочих в заключението си по дело Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2013:710, т. 20), до лишаване от полезно действие на забраната по член 56, параграф 1 ЕО в случаите, при които все пак не съществува риск от заобикаляне на свободата на установяване.

2. По ограничителния характер на член 7 от AStG по отношение на свободното движение на капитали спрямо трети страни

21. Смятам, че отговорът на въпроса дали разпоредба от данъчно законодателство като член 7 от AStG представлява ограничение на свободното движение на капитали между държавите членки и трети страни, е във от съмнение.

22. В това отношение следва да се припомни, че съгласно постоянната съдебна практика забранените с член 56, параграф 1 ЕО ограничения на движението на капитали обхващат мерки, които могат да възпрат местните лица в държава членка да инвестират в други държави¹⁰.

23. В случая, видно от предоставените от запитващата юрисдикция разяснения, целта на правилата за прибавяне е да се предотврати или неутрализира прехвърлянето на (пасивни) доходи на неограничено данъчнозадължените в Германия лица към държави с по-ниско равнище на данъчно облагане на печалбата съгласно германското право. Следователно целта на правилата за прибавяне е германският акционер, който притежава най-малко 1 % дялово участие в дружество от трета страна, да приспадне данъка върху така наречените пасивни доходи, генерирани от това дружество, независимо от самото разпределяне на печалбата. По дефиниция такива правила се прилагат само за трансгранични положения.

24. Всъщност, както по-специално изтъкват запитващата юрисдикция, шведското правителство и Комисията, германски акционер, неограничено данъчнозадължено лице в Германия, който притежава участие в равностойна степен в установено в Германия дружество, не следва в никой случай да прибавя към облагаемата си печалба доходите от последното. Впрочем самото германско правителство признава в писменото си становище, че такива правила за прибавяне предвиждат по-неблагоприятно данъчно третиране за дяловите участия в чуждестранни дружества в сравнение с участията в установени в Германия дружества, тъй като в последния случай данъкът върху доходите от установеното в Германия дружество никога не се приспадат при неговите акционери преди самото разпределяне на печалбата.

25. Следователно такава разлика в третирането безспорно е от естество да възпре германско данъчнозадължено лице да инвестира в трети страни.

⁹ Вж. решение от 11 септември 2014 г., Kronos International (C-47/12, EU:C:2014:2200, т. 44 и цитираната съдебна практика). Важно е да се припомни и че в отношенията с Швейцарската конфедерация правото на установяване е частично уредено в Споразумението между Европейската общност и нейните държави членки, от една страна, и Швейцарската конфедерация, от друга страна, относно свободното движение на хора (ОВ L114, 2002 г., стр. 6; Специално издание на български език, 2007 г., глава 11, том 74, стр. 97, наричано по-нататък „ССДХ“), подписано в Люксембург на 21 юни 1999 г. и влязло в сила на 1 юни 2002 г. Юридическите лица обаче са изключени от приложното поле на гарантираното от ССДХ право на установяване: вж. решения от 12 ноември 2009 г., Grimm (C-351/08, EU:C:2009:697, т. 37 и 39), и от 11 февруари 2010 г., Fokus Invest (C-541/08, EU:C:2010:74, т. 31).

¹⁰ Вж. по-специално решение от 10 април 2014 г., Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, т. 39).

26. Ето защо считам, че разпоредба като член 7 от AStG ограничава движението на капитали между държавите членки и трети страни, което по принцип е забранено съгласно член 56 ЕО.

Б. По приложимостта на член 57, параграф 1 ЕО

27. Както вече посочих, с първите си два въпроса запитващата юрисдикция иска да установи дали ограничаването на движението на капитали между държавите членки и трети страни, което беше описано, би могло все пак да бъде неутрализирано с прилагането на предвидената в член 57, параграф 1 ЕО клауза „standstill“.

28. Припомням, че съгласно този член „разпоредбите на член 56 ЕО не накърняват прилагането спрямо трети страни на ограниченията, действащи към 31 декември 1993 г. по силата на националното право или на правото на Съюза, които са приети по отношение на движението на капитали от и към трети страни, свързано с преки инвестиции [...]“¹¹.

29. Ето защо ограниченията, предвидени в законодателството на държава членка, попадат в приложното поле на член 57, параграф 1 ЕО, ако — също както в делото по главното производство, освен че се прилагат спрямо трета страна, за което няма никакво съмнение по отношение на Конфедерация Швейцария — отговарят на критериите, *времеви* и *материален*, предвидени в този член¹².

1. По времеовото приложно поле на член 57, параграф 1 ЕО

30. Що се отнася до времеовото приложно поле на член 57, параграф 1 ЕО, важно е да се отбележи, че разглежданата по настоящото дело редакция на AStG е приета след 31 декември 1993 г.

31. Съдът обаче вече е постановил, че всяка национална разпоредба, приета след тази дата, не се изключва автоматично от въведената в правото на Съюза дерогация само поради този факт. Разпоредба, която по същество е идентична с предходното законодателство или която се ограничава до това да смекчи или да премахне пречка за упражняване на правата и свободите в Съюза, която се съдържа в предходното законодателство, се ползва с дерогация¹³.

32. В този случай от съдебната практика следва, че възможността на държавата членка да се позове на изключението по член 57, параграф 1 ЕО предполага, от една страна, че ограничението на движението на капитали без прекъсване от 31 декември 1993 г. е част от правния ред на съответната държава членка¹⁴, а от друга страна, че това ограничение не се вписва в законодателство, което почива на логика, различна от логиката на предходната правна уредба, в сила към 31 декември 1993 г., и установява нови процедури¹⁵.

¹¹ Курсивът е мой.

¹² Следва да се припомни, че тези два критерия са кумулативни: вж. решение от 10 април 2014 г., *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* (C-190/12, EU:C:2014:249, т. 53).

¹³ В този смисъл вж. по-специално решения от 24 май 2007 г., *Holböck* (C-157/05, EU:C:2007:297, т. 41), от 18 декември 2007 г., *A* (C-101/05, EU:C:2007:804, т. 49), и от 11 февруари 2010 г., *Fokus Invest* (C-541/08, EU:C:2010:74, т. 42). Следва да се отбележи, че в решение от 24 ноември 2016 г., *SECIL* (C-464/14, EU:C:2016:896, т. 89—92), Съдът е приел също, че държава членка не може да се позове на член 57, параграф 1 ЕО, ако без формално да отмени или измени съществуващата правна уредба сключи международно споразумение, като например споразумение за асоцииране, една от разпоредбите с директен ефект на което предвижда либерализиране на преките инвестиции с трета страна. Това положение е без значение в случая по главното производство, тъй като ССДХ не въвежда никаква либерализация на движението на капитали по член 57, параграф 1 ЕО между Конфедерация Швейцария и Европейския съюз и неговите държави членки.

¹⁴ В този смисъл вж. решение от 18 декември 2007 г. (C-101/05, EU:C:2007:804, т. 48).

¹⁵ В този смисъл вж. решения от 24 май 2007 г., *Holböck* (C-157/05, EU:C:2007:297, т. 41), от 18 декември 2007 г., *A* (C-101/05, EU:C:2007:804, т. 49), и от 24 ноември 2016 г., *SECIL* (C-464/14, EU:C:2016:896, т. 88).

33. По настоящото дело, за разлика от другите заинтересовани страни, жалбоподателят в главното производство поддържа по същество, че редакцията на AStG отпреди 31 декември 1993 г. е отменена с StSenkG 2000, от което следвало, че разглежданите в главното производство спорни разпоредби от AStG, приети след 31 декември 1993 г., не биха могли да попадат в обхвата на клаузата „standstill“ по член 57, параграф 1 ЕО, тъй като те не са съществували без прекъсване в германския правен ред.

34. Не считам този довод за убедителен.

35. Наистина, както отбелязва запитващата юрисдикция, приемайки StSenkG 2000, германският законодател е решил коренно да измени предвидените в AStG правила за прибавяне, които са в сила към 31 декември 1993 г. Видно обаче и от предоставените от запитващата юрисдикция разяснения, макар StSenkG 2000 да е влязъл в сила, германският законодател е избрал също така да отложи прилагането му, считано от данъчния период, започващ на 1 януари 2002 г. Също така е безспорно, че още преди StSenkG 2000 да бъде приложен за данъчния период, започващ на 1 януари 2002 г., този закон е отменен с UntStFG 2001, който се прилага от 1 януари 2002 г., както и през разглежданите по главното производство данъчни периоди, който по същество възпроизвежда по идентичен начин правилата за прибавяне от AStG, които към 31 декември 1993 г. се прилагат за преките инвестиции.

36. Оттук следва, че по отношение на данъчните периоди до 31 декември 2001 г. спрямо германските данъчнозадължени лица в аналогично на X положение продължават да се прилагат правилата за прибавяне от AStG, в редакцията му съгласно Закона за данъчно хармонизиране и борба срещу измамите от 21 декември 1993 г., и че считано от данъчния период, започващ на 1 януари 2002 г., те трябва да спазват идентичните по същество правила за прибавяне, предвидени в UntStFG 2001, съгласно изменението на AStG с този закон.

37. От това следва, че действалото към 31 декември 1993 г. ограничение, от което се оплаква жалбоподателят в главното производство, не престава да се прилага в рамките на отношенията му с трети страни след тази дата и продължава да е част от правния ред на съответната държава членка и след тази дата. Всъщност спрямо германските данъчнозадължени лица, реализирали доходи, аналогични на тези на жалбоподателя в главното производство за идентична пряка инвестиция в Швейцария, отнасящи се както до данъчния период, приключил на 31 декември 1993 г., така и до данъчните периоди след тази дата, са били прилагани без прекъсване същите правила за прибавяне на тези доходи към основата на данъка, който те щяха да дължат в Германия за посочените данъчни периоди.

38. Съгласно член 57, параграф 1 ЕО обаче, който, повтарям, гласи, че „[р]азпоредбите на член 56 ЕО не накърняват *прилагането* спрямо трети страни *на всяко от ограниченията*, действащи към 31 декември 1993 г.“¹⁶, важно е не че дадено законодателство е формално отменено или коренно изменено, а че предвиденото в него ограничение, действало към 31 декември 1993 г., продължава да действа и следователно да се прилага без прекъсване след тази дата в рамките на отношенията на жалбоподателя в главното производство с трети страни. Случаят по настоящото дело е именно такъв, тъй като, както вече подчертах, спрямо германските данъчнозадължени лица в аналогично на жалбоподателя в главното производство положение, преди, както и след 31 декември 1993 г. продължават да се прилагат предвидените в член 7 от AStG правила за прибавяне на доходите от преки инвестиции в дружества от трети страни, независимо от редакцията на AStG отпреди или след 31 декември 1993 г.

¹⁶ Курсивът е мой.

39. Това тълкуване на член 57, параграф 1 ЕО, основано на „прилагането“ на действалите към 31 декември 1993 г. ограничения и на „действието“ на националното законодателство, е потвърдено в решение от 15 февруари 2017 г., X (C-317/15, EU:C:2017:119, т. 21), съгласно което „приложимостта на член 64, параграф 1 ДФЕС [предишен член 57, параграф 1 ЕО] зависи не от предмета на националната правна уредба, която въвежда подобни ограничения, а от действието ѝ“.

40. Възприетият от мен подход не е в противоречие с необходимостта от стриктно тълкуване на изключението по член 57, параграф 1 ЕО¹⁷, тъй като се основава на самия текст на посочения член, както впрочем е припомнено и в решение от 15 февруари 2017 г., X (C-317/15, EU:C:2017:119, т. 21).

41. Този подход не противоречи и на решения от 18 декември 2007 г., A (C-101/05, EU:C:2007:804, т. 49), и от 24 ноември 2016 г., SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, т. 87), в които Съдът приема, че „член 64, параграф 1 ДФЕС [предишен член 57, параграф 1 ЕО] не визира разпоредби, които, бидейки по същество идентични със законодателство, действало към 31 декември 1993 г., въвеждат отново *пречка* за свободното движение на капитали, която след отмяната на предходното законодателство *вече не е съществувала*“¹⁸.

42. Всъщност в точки 49 и 87 от тези решения Съдът очевидно разглежда положения, които могат да бъдат квалифицирани като „класически“, при които отмяната на национално законодателство незабавно води до отпадане на ограничението на свободното движение на капитали, без съответно действието на това законодателство да се запази след неговата формална отмяна.

43. Впрочем считам, че и в решение от 18 декември 2007 г., A (C-101/05, EU:C:2007:804), по-скоро се потвърждава тълкуването, което следва от текста на член 57, параграф 1 ЕО и което предлагам да бъде възприето.

44. Всъщност важно е да се отбележи, че по това дело разпоредбите от шведското данъчно законодателство, които предоставят данъчно предимство само на установените в Швеция дружества, са отменени след 31 декември 1993 г., а след това отново въведени през 1995 г. Противно обаче на анализа на генералния адвокат¹⁹, Съдът е приел, че въпреки формалната и временна отмяна на тези разпоредби Кралство Швеция е могло да се позове на изключението по член 57, параграф 1 ЕО, тъй като „възможността да се ползва“ това данъчно предимство (освобождаване от данък на дивидентите, изплатени от дружества, установени в Швеция) е била изключена без прекъсване най-малкото от 1992 г. за дружествата, установени в трета държава, която не е страна по Споразумението за европейското икономическо пространство и която не е сключила с Кралство Швеция спогодба, предвиждаща обмен на сведения²⁰.

45. За целите на прилагането на член 57, параграф 1 ЕО Съдът след това разглежда последиците от ограничаването на свободното движение на капитали, а именно непрекъснатото запазване в сила на изключването от освобождаване от облагане за дружествата от съответните трети страни, а не толкова формалната и временна отмяна на националните разпоредби, предоставящи такова освобождаване в полза на шведските дружества.

¹⁷ Вж. решения от 17 октомври 2013 г., Welte (C-181/12, EU:C:2013:662, т. 29), и от 21 май 2015 г., Wagner-Raith (C-560/13, EU:C:2015:347, т. 21 и 42).

¹⁸ Курсивът е мой.

¹⁹ Вж. заключението на генералния адвокат Вот по дело A (C-101/05, EU:C:2007:493, т. 109 и 115).

²⁰ Решение от 18 декември 2007 г., A (C-101/05, EU:C:2007:804, т. 51).

46. Освен това и както вече посочих, макар изобщо да не е премахната в случая по главното производство, пречката пред свободното движение на капитали спрямо трети страни продължава да се прилага след 31 декември 1993 г. поради запазване на последиците от AStG до влизането в сила на UntStFG 2001²¹, който след тази дата по същество възпроизвежда по идентичен начин правилата за прибавяне, които са били приложими към 31 декември 1993 г. за преките инвестиции.

47. Поради това считам, че в случая по главното производство времевият критерий по член 57, параграф 1 ЕО е изпълнен.

48. По-нататък е важно да се разгледат възраженията на жалбоподателя в главното производство относно изпълнението на *материалния* критерий по тази разпоредба, като се има предвид, че другите заинтересовани страни считат, че този критерий е изпълнен в главното производство.

2. По материалното приложно поле на член 57, параграф 1 ЕО

49. Според жалбоподателя в главното производство UntStFG 2001 е изменил съществено AStG в редакцията му отпреди 31 декември 1993 г., поради което, като не се е прилагал *само* за преките инвестиции, а и за така наречените „портфейлни“ инвестиции в трети страни, за този акт, в редакцията му, приета след 31 декември 1993 г., вече не се прилага изключението по член 57, параграф 1 ЕО.

50. Не споделям това становище по следните съображения.

51. Както вече посочих в точка 32 от настоящото заключение, съгласно съдебната практика национално законодателство, прието след 31 декември 1993 г., което променя логиката, на която почива приетото преди тази дата законодателство, и установява нови процедури, не може да бъде обхванато от клаузата „standstill“ по член 57, параграф 1 ЕО.

52. Според мен такъв не е случаят с изменението, внесено в AStG с UntStFG 2001 след 31 декември 1993 г., с което, както посочва запитващата юрисдикция, германският законодател само е снижил прага на приложимост на предвидените в AStG правила за прибавяне на доходи, включващи понастоящем дялови участия *под* 10 % от дружествения капитал на дружеството от съответната трета страна при равни други условия.

53. Действително е безспорно, че в редакцията му отпреди 31 декември 1993 г. относимите разпоредби от AStG налагат като задължение на германските данъчнозадължени лица да прибавят доходите от дялови участия в дружества от трети страни, представляващи *най-малко* 10 % от дружествения капитал на тези дружества.

54. Както изтъква запитващата юрисдикция и както признава и жалбоподателят в главното производство, AStG, в редакцията му отпреди 31 декември 1993 г., се е прилагал само за преки инвестиции по смисъла на членове 56 ЕО и 57 ЕО.

55. От съдебната практика следва, че понятието „преки инвестиции“ се отнася до всички видове инвестиции на физически или юридически лица, които служат за установяване или поддържане на трайни и преки връзки между лицето, което предоставя капитала, и предприятието, на което този капитал се предоставя с цел извършване на стопанска дейност. Що се отнася до дяловите

²¹ Доколкото би могло да е полезно, бих искал да припомня, че последиците от отменено национално законодателство също се вземат предвид с оглед да се установи неизпълнение на произтичащи от правото на Съюза задължения от държава членка, ако такива последици все още се пораждат след изтичането на срока, определен в мотивираното становище на Комисията: вж. по-специално решение от 6 декември 2007 г., Комисия/Германия (C-456/05, EU:C:2007:755, т. 15 и 16 и цитираната съдебна практика).

участия в нови или съществуващи предприятия, учредени като акционерни дружества, целта да се установят или поддържат трайни икономически връзки предполага, че по силата на разпоредбите на националното законодателство относно акционерните дружества или на други разпоредби притежаваните от акционера акции му позволяват да участва ефективно в управлението на дружеството или в контрола върху него²². Това понятие обхваща и доходите, които произтичат от такива преки инвестиции²³.

56. Следователно минимално участие от 10 % в капитала на дадено дружество, като предвиденото в AStG, в редакцията му отпреди 31 декември 1993 г., по принцип предполага преки инвестиции, тъй като такова равнище на дялово участие, макар и да не предоставя възможност за контролиране на това дружество, със сигурност дава възможност за ефективно участие в управлението му²⁴.

57. Също така е вярно, че за разлика от член 56 ЕО, материалното приложно поле на член 57 ЕО не обхваща така наречените „портфейлни“ инвестиции и следователно не може да бъде използвано за запазване на прилагането на ограниченията на движението на капитали, свързано с такива инвестиции от и към трети страни. В това отношение припомням, че съгласно съдебната практика понятието „портфейлни инвестиции“ е придобиването на ценни книжа на капиталовия пазар с единственото намерение да се инвестират средства, без да се влияе върху управлението и контрола на предприятието²⁵.

58. Сnižаването на прага на участие от 10 % на 1 % с изменението, внесено в AStG с UntStFG 2001, несъмнено води до включване в приложното поле на този закон и на портфейлните инвестиции²⁶.

59. Както обаче на запитващата юрисдикция се налага да приеме, такава последица, засягаща категория инвестиции, която при всички случаи не попада в обхвата на член 57, параграф 1 ЕО, според мен е без значение за приложимостта на този член в случаи, при които става въпрос само за преки инвестиции.

60. Всъщност правна уредба на държава членка, която ограничава еднакво портфейлните инвестиции и преките инвестиции от и към трети страни²⁷, може да попадне в обхвата на член 57, параграф 1 ЕО, тъй като тя се прилага за последния вид инвестиции.

61. Именно това Съдът имплицитно е приел в решение от 18 декември 2007 г., А (C-101/05, EU:C:2007:804, т. 52), като е счел, че изключването от освобождаване от облагане с данък върху разглежданите по това дело дивиденди може с оглед на конкретните обстоятелства по делото да попадне в обхвата на член 57, параграф 1 ЕО „най-малко когато тези дивиденди са свързани с преки инвестиции в дружеството, което ги разпределя“, като оставя проверката дали това е така на запитващата юрисдикция.

22 Вж. по-специално решения от 20 май 2008 г., Orange European Smallcap Fund (C-194/06, EU:C:2008:289, т. 100—102), и от 24 ноември 2016 г., SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, т. 75 и 76).

23 По отношение на изплащането на дивиденди от преки инвестиции вж. по-специално решение от 24 ноември 2016 г., SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, т. 77 и цитираната съдебна практика).

24 В този смисъл вж. също заключението на генералния адвокат Wathelet по дело EV (C-685/16, EU:C:2018:70, т. 83).

25 В този смисъл вж. по-специално решение от 21 декември 2016 г., AGET Iraklis (C-201/15, EU:C:2016:972, т. 58 и цитираната съдебна практика).

26 В решение от 10 февруари 2011 г., Haribo Lakritzen Hans Riegel & Österreichische Salinen (C-436/08 и C-437/08, EU:C:2011:61, т. 137), Съдът приема по същество, че дялови участия в размер, по-малък от 10 % от дружествения капитал на съответното дружество, не попадат в обхвата на понятието „преки инвестиции“ по смисъла на член 64, параграф 1 ДФЕС.

27 Следва да се припомни, че в решение от 24 май 2007 г., Holböck (C-157/05, EU:C:2007:297), Съдът вече е приел, че член 57, параграф 1 ЕО може да обхване ограниченията на свободното движение на капитали, съдържащи се в правна уредба, която се прилага без разграничение за държавите членки и за трети страни, отнасяща се до изплащането на дивиденди, свързани с участия, позволяващи на акционера ефективно да участва в управлението или в контрола върху разпределящото дружество.

62. Същата посока на разсъждения намира изрично потвърждение в решение от 15 февруари 2017 г., X (C-317/15, EU:C:2017:119, т. 21, 24 и 25). Всъщност в това решение Съдът уточнява, че национална правна уредба, създаваща ограничение за свободното движение на капитали, която може да се прилага и за категории движение на капитали, различни от изчерпателно изброените в член 64, параграф 1 ДФЕС (предишен член 57, параграф 1 ЕО), не е в състояние да представлява пречка за прилагането на член 64, параграф 1 ДФЕС при посочените в него обстоятелства.

63. Следователно държава членка, чието национално законодателство ограничава по отношение на трети страни, без разграничение, от една страна, преки инвестиции, които попадат в обхвата на член 57, параграф 1 ЕО, а от друга страна, портфейлни инвестиции, които не попадат в обхвата на тази разпоредба, може да се позовава на клаузата „standstill“, предвидена в този член, *доколкото това национално законодателство се прилага по отношение на преки инвестиции*²⁸.

64. В главното производство и съгласно цитираната съдебна практика, *доколкото се отнася до преки инвестиции*, тъй като UntStFG 2001 не променя нито логиката на AStG в приложимата му към 31 декември 1993 г. редакция, нито въвежда нови процедури, според мен няма пречка Федерална република Германия да се позове на прилагането на член 57, параграф 1 ЕО. С други думи, тази възможност за позоваване е особено важна, тъй като с оглед на обстоятелствата в конкретния случай дяловите участия в дружеството от съответната трета страна позволяват на германския акционер, неограничено данъчнозадължено лице в Германия, да участва ефективно в управлението на дружеството или в контрола върху него, тоест те представляват преки инвестиции по смисъла на същия член.

65. Поначало за целите на прилагането на клаузата „standstill“ по член 57, параграф 1 ЕО националният съд следва да проверява във всеки отделен случай дали ограничаването на движението на капитали спрямо съответните трети страни се отнася до изброени в този член категории, по-конкретно до преки инвестиции.

66. Макар по делото в главното производство запитващата юрисдикция да не е квалифицирала изрично дяловото участие от 30 % на X в дружествения капитал на швейцарското дружество Y като пряка инвестиция, именно това е предпоставката, въз основа на която е отправен първият преюдициален въпрос и той не би имал никакъв смисъл, ако същата липсваше. При всички положения такъв дял на участие позволява на притежателя си да придобие ако не съвместен контрол върху съответното дружество, то поне ефективно участие в управлението му²⁹. Освен това, както Комисията изтъква в писменото си становище, очевидно е, че внесеното с UntStFG 2001 изменение на прага за задействане на предвидените в AStG правила за прибавяне на доходите по никакъв начин не се е отразило на положението на X предвид дела му на участие в дружествения капитал на Y. Всъщност както преди, така и след 31 декември 1993 г. германско дружество в положение, напълно сходно с това на X, е трябвало да извърши прибавяне към основата на дължимия от него в Германия данък доходите от такова участие³⁰.

28 Вж. в този смисъл решение от 15 февруари 2017 г., X (C-317/15, EU:C:2017:119, т. 23 и цитираната съдебна практика).

29 В делото по главното производство запитващата юрисдикция уточнява, че дружественият капитал на Y е собственост освен на X и на дружество по швейцарското право. Следователно последното притежава 70 % от дружествените дялове на Y, което може да предполага съвместен контрол върху последното.

30 Налага се позоваване на хипотетичен общ стандарт, тъй като, припомням, X притежава дялови участия в Y едва от 2005 г. — период, който очевидно е след 31 декември 1993 г.

67. При тези условия считам, че Федерална република Германия може да се позове на член 57, параграф 1 ЕО, тъй като случаят, разглеждан в главното производство, се отнася до ограничение, действало към 31 декември 1993 г. по отношение на движението на капитали, свързано с преки инвестиции, без измененията на законодателството, предвиждащо това ограничение след тази дата, да засяга логиката, на която почива законодателството до 31 декември 1993 г. и без тези изменения да въвеждат нови процедури.

68. В случай че Съдът възприеме този анализ, отговорът на третия отправен от запитващата юрисдикция въпрос, който се отнася до обосноваването на ограничаването на свободното движение на капитали, би бил безпредметен. Ето защо ще разгледам този въпрос само при условията на евентуалност.

В. Допълнителни съображения относно обосноваването на ограничаването на свободното движение на капитали

69. Съгласно член 58, параграф 1 ЕО, за да може национално законодателство, което не попада в обхвата на член 57, параграф 1 ЕО да се счита за съвместимо с разпоредбите на Договора за ЕО относно свободното движение на капитали, различното третиране, което то предвижда, трябва да се отнася до положения, които не са обективно съпоставими, или да е обосновано с императивно съображение от общ интерес³¹.

1. По обективното сходство на положенията

70. Германското правителство поддържа, че посоченото в точка 24 от настоящото заключение различно третиране се отнася до положения, които са обективно несъпоставими. Всъщност според това правителство правилата за прибавяне на доходите на чуждестранно междинно дружество, предвидени в AStG в редакцията му, приложима към фактите по спора в главното производство, се отнасят само до дружества със седалище в трета страна, които подлежат на облагане с ниска данъчна ставка. Липсата на данъчна компетентност на Федерална република Германия по отношение на доходите от инвестиции в чуждестранно дружество е съществена разлика в сравнение със случая, свързан с доходи от равностойни инвестиции в капитала на германско дружество. Германското правителство добавя, че в решение от 17 декември 2015 г., Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829, т. 65), Съдът вече е признал липсата на сходство между положението на данъчнозадължено лице с място на стопанска дейност в Германия и това на данъчнозадължено лице с намиращо се в чужбина място на стопанска дейност.

71. В никакъв случай не мога да се съглася с довода на германското правителство. Същинската цел на член 7 от AStG всъщност, независимо от редакцията, на която се основава анализът, е да се гарантира именно, че Федерална република Германия упражнява данъчната си компетентност по отношение на доходите, получени от местно дружество, което е инвестирало капитали в дружество от трета страна, прилагаща облагане, квалифицирано в германското данъчно право като „облагане с ниска данъчна ставка“. Следователно тази разпоредба има за цел да приравни, доколкото е възможно, положението на такива дружества с това на дружества — местни лица, които са инвестирали капитали в друго дружество, местно лице в Германия, с оглед да се неутрализират, доколкото е възможно, данъчните предимства, които първите дружества биха могли да извлекат от инвестирането на капитали в чужбина.

³¹ Вж. решение от 10 април 2014 г., Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, т. 57 и цитираната съдебна практика).

72. Целта на член 7 от AStG и положението, в което тази разпоредба поставя дружество — местно лице, което е инвестирало капитали в дружество от трета страна, прилагаща „облагане с ниска данъчна ставка“, напомнят на обстоятелствата, във връзка с които е постановено решение от 12 септември 2006 г., Cadbury Schweppes и Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544), по повод на законодателството на Обединеното кралство относно контролираните чуждестранни дружества (КЧД). Това законодателство всъщност предвижда печалбите, реализирани от КЧД, да се разглеждат като печалби на местното дружество майка, когато КЧД подлежи на облагане с по-ниска данъчна ставка по смисъла на това законодателство в държавата, в която КЧД е установено.

73. По отношение обаче на съпоставимостта между подобно положение и вътрешно положение Съдът е приел, че е налице „разлика в третирането“, водеща до „неблагоприятна данъчна последица“ за дружеството — местно лице, по отношение на което се е прилагало законодателството относно КЧД, тъй като, за разлика от дружество — местно лице с дъщерно дружество, подлежащо на облагане в Обединеното кралство, това дружество — местно лице, се облага с данък върху печалбата на друго юридическо лице³².

74. Същото е положението и на германско дружество, спрямо което се прилага член 7 от AStG, което, също както X, е инвестирало капитали в установено в Швейцария дружество като Y.

75. По мое мнение тези съображения не се обезсилват от позоваването на германското правителство на решение от 17 декември 2015 г., Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829, т. 65). Всъщност, макар да е вярно, че в тази точка от решението Съдът разяснява, че „положението на място на стопанска дейност, намиращо се в Австрия, не е сходно с това на място на стопанска дейност, намиращо се в Германия, от гледна точка на мерките, предвидени от Федерална република Германия за предотвратяване или смекчаване на двойното данъчно облагане на печалбата на местно дружество“, именно поради обстоятелството, че през данъчния период, който се разглежда в тази част на решението, Федерална република Германия е прекратила упражняването на „данъчна компетентност относно финансовия резултат на такова място на стопанска дейност, тъй като приспадането на загубите му вече не е разрешено в Германия“³³.

76. Както току-що изтъкнах обаче, в настоящото дело член 7 от AStG предвижда именно за Федерална република Германия данъчна компетентност по отношение на доходите от установено в трета страна чуждестранно междинно дружество, в случая Y, като ги прибавя към облагаемата основа на друго юридическо лице — местно лице в Германия, а именно, в случая по главното производство — дружеството X. Нещо повече, от изложението на фактите в главното производство ясно следва, че спрямо дружеството — местно лице в Германия, такава данъчна компетентност се упражнява по отношение както на реализираните доходи, така и на понасяните от междинното дружество загуби, които в първия случай се прибавят към облагаемата основа, а във втория — се включват към облагаемата основа на първото дружество.

32 Решение от 12 септември 2006 г., Cadbury Schweppes и Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, т. 45). Припомням, че в тази точка от решението Съдът също така е разгледал съпоставимостта на положението на дружество — местно лице, по отношение на което се прилага законодателството относно КЧД, с положението на дружество — местно лице, чието дъщерно дружество, установено извън територията на Обединеното кралство, не подлежи на облагане с ниска данъчна ставка, а именно съпоставимостта на две трансгранични положения. Добавянето на този критерий за сравняване, което изглежда дава отглас на заключението на генералния адвокат Léger по дело Cadbury Schweppes и Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:278), доведе до дебат сред генералните адвокати (вж. заключението ми по дело Columbus Container Services (C-298/05, EU:C:2007:197, т. 124—155) и заключението на генералния адвокат Bot по дело Orange European Smallcap Fund (C-194/06, EU:C:2007:403, т. 101—108), но ако не греша, впоследствие не е възприето в съдебната практика. Ето защо тук няма да разглеждам този въпрос.

33 Всъщност за предходните данъчни периоди, по отношение на които Федерална република Германия допуска приспадането на загубите, понасяни от намиращо се в Австрия място на стопанска дейност, Съдът приема, че положението на местно дружество, което притежава намиращо се в Австрия място на стопанска дейност, е сходно с това на местно дружество, което притежава намиращо се в Германия място на стопанска дейност: вж. решение от 17 декември 2015 г., Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829, т. 28 и 59).

77. Макар данъчният режим на дружеството — местно лице в Германия, което е придобило дялови участия в дружество, установено в трета страна, прилагаща облагане с ниска данъчна ставка, да е несъмнено различен от приложимия спрямо дружество — местно лице, инвестирало капитали в друго дружество — местно лице в Германия, Съдът вече е приел, както отбелязва запитващата юрисдикция, че само по себе си прилагането на различни данъчни режими към местни дружества според това дали те притежават дялови участия в местни или в чуждестранни дружества не може да представлява основателен критерий, за да се прецени обективното сходство на положенията и следователно да се установи обективна разлика между тях³⁴. Всъщност прилагането на различни данъчни режими е в основата на разликата в третирането, дори при положение че в двата случая съответната държава членка упражнява своята данъчна компетентност по отношение на доходите на тези местни дружества.

78. Според мен от това следва, че обосноваването на ограничението на свободното движение на капитали не може да бъде подкрепено, ако ограничаването е допустимо съгласно член 57, параграф 1 ЕО само с оглед на императивно съображение от общ интерес.

2. По наличието на императивно съображение от общ интерес

79. Докато в мотивите на преюдициалното си запитване запитващата юрисдикция изключва идеята, че произтичащото от член 7 от AStG ограничаване на свободното движение на капитали по отношение на трети страни може да бъде обосновано с необходимостта от гарантиране на данъчни приходи, тя иска да установи дали е възможно обосноваване с целта за противодействие на напълно изкуствени схеми, чието предназначение е да се избегне прилагането на законодателството на съответната държава членка, както това съображение за обосноваване е прието по принцип в решение от 12 септември 2006 г., Cadbury Schweppes и Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544). Въпреки това запитващата юрисдикция изразява съмнения, от една страна, относно приложимостта на тази съдебна практика, която се вписва в контекста на свободата на установяване, а от друга страна, в случай че тази съдебна практика е напълно относима към случай като този по главното производство, относно пропорционалността на правилата за прибавяне, предвидени в AStG. В това отношение запитващата юрисдикция отбелязва, че тези правила се прилагат не само в хипотезата на напълно изкуствени схеми, а независимо от икономическата функция на установеното в съответната трета страна междинно дружество, без местното за Германия данъчнозадължено лице да има възможност да представи доказателства, че неговата инвестиция се налага поради икономически причини.

³⁴ Решение от 22 януари 2009 г., STEKO Industriemontage (C-377/07, EU:C:2009:29, т. 33).

80. От своя страна германското правителство поддържа, че правилата за прибавяне, предвидени в разпоредбите на AStG, са обосновани с императивни съображения от общ интерес, каквито са балансираното разпределение на правомощията за данъчно облагане³⁵ и предотвратяването на избягването на данъци³⁶, във връзка с което то посочва необходимостта от противодействие на напълно изкуствените схеми. В писменото си становище френското правителство добавя, че правилата за прибавяне могат да бъдат обосновани и с целта да се гарантира ефективността на данъчния контрол³⁷.

81. От своя страна, *първо*, присъединявам се безусловно към анализа, направен от запитващата юрисдикция, че държава членка не може да обоснове ограничаването на свободното движение на капитали към трети страни по съображение за гарантиране на събираемостта на данъчните приходи. Всъщност това чисто икономическо съображение вече е отхвърлено от Съда в случаи, свързани с движение на капитали по отношение на трети страни³⁸. В настоящия случай нищо не подкрепя отклонение от това решение. Впрочем германското правителство дори не прави опит да изтъкне такова съображение пред Съда.

82. *Второ*, по отношение на целта за противодействие на напълно изкуствените схеми следва да се отбележи, че Съдът е признал, че такава цел е в състояние да обоснове ограничаване на основна свобода на движение между държавите членки както в контекста на връзката ѝ с други съображения от общ интерес, като борбата със злоупотребите³⁹, предотвратяването на данъчните измами или избягването на данъци⁴⁰, както и във връзка с някои от посочените съображения, като балансираното разпределение на правомощията за данъчно облагане между държавите членки⁴¹, така, несъмнено, и като самостоятелна цел от общ интерес⁴².

35 По отношение на признаването на законосъобразността на целта за запазване на балансираното разпределение на правомощията за данъчно облагане между държавите членки вж. по-специално решения от 13 декември 2005 г., Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, т. 45), от 10 май 2012 г., Santander Asset Management SGIIC и др. (C-338/11—C-347/11, EU:C:2012:286, т. 47), и от 24 февруари 2015 г., Grünewald (C-559/13, EU:C:2015:109, т. 40). По отношение на допълнителните обосноваващи съображения в полза на ограничения на свободното движение на капитали спрямо трети страни вж. решение от 10 април 2014 г., Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, т. 100 и цитираната съдебна практика).

36 По отношение на признаването на общия интерес от предотвратяване на избягването на данъци, включително в контекста на отношенията с трети страни, вж. по-специално решения от 30 януари 2007 г., Комисия/Дания (C-150/04, EU:C:2007:69, т. 51 и цитираната съдебна практика), от 21 януари 2010 г., SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, т. 65), и от 24 ноември 2016 г., SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, т. 62).

37 По отношение на признаването на общия интерес от необходимостта да се гарантира ефективността на данъчния контрол, включително в контекста на отношенията с трети страни, вж. по-специално решения от 18 декември 2007 г., A (C-101/05, EU:C:2007:804, т. 55), и от 24 ноември 2016 г., SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, т. 58).

38 Вж. решения от 10 февруари 2011 г., Haribo Lakritzen Hans Riegel и Österreichische Salinen (C-436/08 и C-437/08, EU:C:2011:61, т. 125 и 126), и от 10 април 2014 г., Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, т. 101).

39 Вж. по-специално решения от 4 декември 2008 г., Jobra (C-330/07, EU:C:2008:685, т. 35), и от 22 декември 2010 г., Tankreederei I (C-287/10, EU:C:2010:827, т. 28). Относно връзката на това съображение с предотвратяването на злоупотребите и избягването на данъци вж. по-специално решения от 12 септември 2006 г., Cadbury Schweppes и Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, т. 48, 51 и 55), и от 18 юни 2009 г., Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377, т. 63—65). По отношение на връзката на това съображение с предотвратяването на злоупотребите и данъчните измами вж. решение от 21 декември 2016 г., Masco Denmark и Damixa (C-593/14, EU:C:2016:984, т. 30).

40 По отношение на връзката на това съображение с предотвратяването на данъчните измами вж. по-специално решения от 19 ноември 2009 г., Комисия/Италия (C-540/07, EU:C:2009:717, т. 57), от 28 октомври 2010 г., Établissements Rimbaud (C-72/09, EU:C:2010:645, т. 34), и от 24 ноември 2016 г., SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, т. 59). По отношение на връзката на това съображение с предотвратяването на избягването на данъци вж. по-специално решения от 18 юли 2007 г., Oy AA (C-231/05, EU:C:2007:439, т. 58), от 17 септември 2009 г., Glaxo Wellcome (C-182/08, EU:C:2009:559, т. 89), от 21 януари 2010 г., SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, т. 65), и от 17 декември 2015 г., Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829, т. 42). Относно връзката с тези две съображения от общ интерес вж. по-специално решения от 3 октомври 2013 г., Itelcar (C-282/12, EU:C:2013:629, т. 33—35), и от 7 ноември 2013 г., K (C-322/11, EU:C:2013:716, т. 61 и 62).

41 Вж. решение от 13 март 2007 г., Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, т. 74 и 75).

42 Вж. решения от 1 април 2014 г., Felixstowe Dock and Railway Company и др. (C-80/12, EU:C:2014:200, т. 31 и 35), и от 6 март 2018 г., SEGRO и Horváth (C-52/16 и C-113/16, EU:C:2018:157, т. 114 и 115).

83. Противно на изложеното от запитващата юрисдикция, легитимността на преследването на такова съображение е призната не само в контекста на прилагането на свободата на установяване, а и по отношение на ограничения на свободното движение на капитали между държавите членки⁴³, както и между тях и трети страни⁴⁴.

84. Във връзка с последното отбелязвам, че в решение от 24 ноември 2016 г., SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, т. 59—62), Съдът разглежда дали различно данъчно третиране на дружества — местни за Португалия лица, според това дали получават дивиденди, разпределени от дружества, които са местни лица в тази държава членка, или установени в трети държави (Тунис и Ливан) — което е квалифицирано като ограничение на свободното движение на капитали — може все пак да се обоснове с необходимостта от предотвратяване на данъчните измами и избягването на данъци. В края на този анализ Съдът стига до заключението, че разглежданото по това дело данъчно законодателство „изключва общо възможността за избягване или намаляване на икономическото двойно данъчно облагане на дивиденди, когато тези дивиденди са разпределени от установени в трети държави дружества, без да е насочено конкретно към възпрепятстване на действия по установяване на изцяло привидни договорености, които не отразяват стопанската действителност, с цел да се заобиколи обикновено дължимият данък или да се получи данъчно предимство⁴⁵“. Поради това Съдът стига до извода, че ограничаването на свободното движение на капитали не може да се обоснове със съображения за необходимост от предотвратяване на данъчните измами и избягването на данъци.

85. От това решение могат да бъдат изведени две съображения. От една страна, то показва, че държава членка безспорно може да се позовава на целта за противодействие на напълно изкуствените схеми с цел да се заобиколи заплащането на обикновено дължимия данък, за да обоснове ограничение на свободното движение на капитали от и към трети страни. Впрочем не виждам логика да се откаже на държава членка възможност да изтъква такова обосноваващо съображение само в контекста на нейните отношения с трети страни. От друга страна, това решение потвърждава, че обхватът на такава цел е един и същ, както когато е изтъкната в контекста на отношенията между държавите членки. По-специално съответното данъчно законодателство трябва да е насочено *конкретно* към това да възпрепятства определено поведение, изразяващо се в създаване на напълно изкуствени схеми.

86. Именно в това отношение обаче считам, че независимо от това дали противодействието на напълно изкуствените схеми, чиято единствена цел е да се заобиколи обикновено дължимият данък, следва да се разглежда, както предлага и запитващата юрисдикция, като самостоятелно съображение от общ интерес, или, както поддържа германското правителство, в контекста на съображението, свързано с предотвратяването на избягването на данъци, според мен правилата за прибавяне, предвидени в AStG, надхвърлят необходимото за постигането на тази цел.

87. Въсъщност тези правила не се отнасят *конкретно* до напълно изкуствените схеми, а въз основа на неоторима презумпция за избягване на данъци⁴⁶ се прилагат като цяло по отношение на всяко неограничено данъчнозадължено лице в Германия, което притежава най-малко 1 % дялово участие в дружество, установено в трета страна, прилагаща облагане, което е едностранно квалифицирано в германската данъчна уредба като „облагане с ниска данъчна ставка“.

43 Вж. по-специално решения от 17 септември 2009 г., Glaxo Wellcome (C-182/08, EU:C:2009:559, т. 89), от 3 октомври 2013 г., Itelcar (C-282/12, EU:C:2013:629, т. 34), и от 6 март 2018 г., SEGRO и Horváth (C-52/16 и C-113/16, EU:C:2018:157, т. 114 и 115).

44 Решения от 10 февруари 2011 г., Haribo Lakritzen Hans Riegel и Österreichische Salinen (C-436/08 и C-437/08, EU:C:2011:61, т. 165), и от 24 ноември 2016 г., SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, т. 59—62).

45 Решение от 24 ноември 2016 г., SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, т. 61) (курсивът е мой).

46 Следва да се отбележи, че германското правителство призна неотторимия характер на тази презумпция в съдебното заседание пред Съда.

88. Следователно предвид техния общ обхват правилата за прибавяне от AStG не преследват конкретна цел за възпрепятстване на определено поведение, изразяващо се в създаване на напълно изкуствени схеми, които не отразяват икономическата действителност, с единствената цел да се заобиколи обикновено дължимият данък⁴⁷.

89. С оглед на това считам, че предвидените в AStG правила за прибавяне не могат да бъдат обосновани със съображения за предотвратяване на избягването на данъци и за противодействие на напълно изкуствените схеми.

90. От това следва, че няма основание за произнасяне относно предложението на френското правителство в писменото му становище, съгласно което Съдът следва да признае, че по отношение на трети страни на държавите членки е позволено да запазят в сила националните правни уредби за противодействие на напълно изкуствените схеми, които имат за *основна*, а не за *единствена* цел заобикаляне на обикновено дължимия данък⁴⁸. При всички положения от решения от 10 февруари 2011 г., Haribo Lakritzen Hans Riegel и Österreichische Salinen (C-436/08 и C-437/08, EU:C:2011:61, т. 165), и от 24 ноември 2016 г., SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, т. 59), ясно следва, че включително във връзка с отношенията с трети страни дадена сделка представлява чисто изкуствена схема, когато има *единствено за цел* да се заобиколи обикновено дължимият данък или да се получи данъчно предимство.

91. *Трето*, според мен по-труден е отговорът на въпроса дали предвидените в AStG правила за прибавяне могат да бъдат обосновани с необходимостта от запазване на разпределението на данъчните правомощия между държавите членки и на ефективността на данъчния контрол, взети заедно.

92. Отбелязвам по принцип, че Съдът вече е разгледал заедно тези две съображения от общ интерес⁴⁹ и е приел, че държавите членки могат да ги изтъкват, за да обосновават ограничения на свободното движение на капитали към или от трети страни⁵⁰.

93. По отношение на необходимостта от запазване на данъчните правомощия на държавите членки това съображение може да се приеме, когато разглежданата система цели да предотврати определени практики, които могат да застрашат правото на държава членка да упражнява данъчните си правомощия относно извършваните на нейна територия дейности⁵¹.

47 В този смисъл вж. по аналогия решения от 1 април 2014 г., Felixstowe Dock and Railway Company и др. (C-80/12, EU:C:2014:200, т. 34), от 10 февруари 2011 г., Haribo Lakritzen Hans Riegel и Österreichische Salinen (C-436/08 и C-437/08, EU:C:2011:61, т. 165), и от 24 ноември 2016 г., SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, т. 61).

48 Френското правителство черпи доводите си, от една страна, от решение от 13 март 2007 г., Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, т. 81), а от друга страна, от някои актове от вторичното право на Съюза, очевидно приети след датата на настъпване на фактите в главното производство (и следователно при всички положения ирелевантни), сред които по-конкретно Директива (ЕС) 2016/1164 на Съвета от 12 юли 2016 година за установяване на правила срещу практиките за избягване на данъци, които пряко засягат функционирането на вътрешния пазар (ОВ L 193, 2016 г., стр. 1). Макар да е вярно, че точка 81 от решение от 13 март 2007 г., Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161), препраща към „основния“, а не към изключителния характер на преследваната с дадена сделка цел, за да бъде тя квалифицирана като напълно изкуствена схема, отбелязвам, че в точка 82 от това решение напълно изкуствените схеми се характеризират според това дали са установени „единствено за данъчни цели“. Доколкото ми е известно, точка 81 от решение от 13 март 2007 г., Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161), е възпроизведена само веднъж в точка 30 от решение от 17 януари 2008 г., Lammers & Van Cleeff (C-105/07, EU:C:2008:24). За разлика от това, в течението в съдебната практика с преобладаваща яснота се посочва изключителният или единствен характер на преследваната с дадена сделка цел: вж. решения от 4 декември 2008 г., Jobra (C-330/07, EU:C:2008:685, т. 35), от 17 септември 2009 г., Glaxo Wellcome (C-182/08, EU:C:2009:559, т. 89 и 92), от 22 декември 2010 г., Tankreederei I (C-287/10, EU:C:2010:827, т. 28), от 10 февруари 2011 г., Haribo Lakritzen Hans Riegel и Österreichische Salinen (C-436/08 и C-437/08, EU:C:2011:61, т. 165), от 5 юли 2012 г., SIAT (C-318/10, EU:C:2012:415, т. 41), от 3 октомври 2013 г., Itelcar (C-282/12, EU:C:2013:629, т. 34), от 13 ноември 2014 г., Комисия/Обединено кралство (C-112/14, непубликувано, EU:C:2014:2369, т. 25), от 24 ноември 2016 г., SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, т. 59), и от 7 септември 2017 г., Egiom и Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, т. 34). Вж. също определение от 23 април 2008 г., Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation (C-201/05, EU:C:2008:239, т. 84).

49 Вж. решение от 5 юли 2012 г., SIAT (C-318/10, EU:C:2012:415, т. 48).

50 Вж. решение от 10 април 2014 г., Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, т. 71 и 100 и цитираната съдебна практика).

51 Решение от 10 април 2014 г., Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, т. 98 и цитираната съдебна практика).

94. Според мен няма никакво съмнение, че предвидените в AStG правила за прибавяне са в състояние да постигнат целта за противодействие на такова поведение, тъй като по делото в главното производство те имат за цел да предотвратят възможност спрямо дейността на германските спортни клубове да бъде изключено упражняването на данъчната компетентност на Федерална република Германия, възлагайки управлението на дяловете от печалбата от тези клубове на дружество, установено в трета страна. Така доходите, реализирани от това дружество в резултат на дейността по управление на дяловете от печалбата на германските спортни клубове, се прибавят към данъчната основа на неговия германски акционер, дружеството X, с цел да се избегне свиване на облагаемата основа на последното в Германия.

95. Според мен някои аспекти на тази национална мярка също са подходящи. На първо място, предвидените в AStG правила за прибавяне се прилагат само за така наречените „пасивни“ дейности на междинните дружества, установени в трети държави, прилагащи данъчна ставка за облагане на печалбата, която е под 25 %. По-нататък, макар да е вярно, че правилата за прибавяне се прилагат независимо от самото разпределяне на печалбата, както отбелязва запитващата юрисдикция, *действителното* ѝ разпределяне от междинното дружество в полза на неговите германски акционери се освобождава от данък във Федерална република Германия. На последно място, събраният при източника в съответната трета страна данък върху размера на разпределената печалба може да бъде приспаднат от данъка върху сумата, подлежаща на прибавяне към облагаемата основа на германския акционер, или да бъде приспаднат от този данък съгласно разпоредбите на AStG.

96. По силата на AStG обаче германският акционер на установено в трета страна междинно дружество не може да избегне прилагането на правилата за прибавяне, представяйки доказателства, че въпреки „пасивния“ характер на упражняваната от междинното дружество дейност тя се обуславя от действителни търговски или икономически съображения, които гарантират доходите на междинното дружество да не бъдат облагани при този акционер.

97. Вярно е, че докато в контекста на отношенията *между държавите — членки на Съюза*, не може а priori да се изключи възможността данъчнозадължено лице да бъде в състояние да представи релевантни доказателства, позволяващи на данъчните органи на държавата членка по облагането да проверят дали то отговаря на условията, за да му бъде признато право на данъчно предимство, Съдът неведнъж е постановявал, че тази съдебна практика не може да се приложи изцяло към движението на капитали *между държавите членки и трети страни*, което се вписва в различен правен контекст⁵².

98. Всъщност в контекста на отношенията с трети страни приложимостта на съдебната практика от областта на отношенията между държавите — членки на Съюза, води до необходимост от задължение за взаимопомощ между компетентните органи на съответната държава членка и тези на съответната трета страна, равностойно на рамковата уредба за сътрудничество, установена в рамките на Съюза с Директива 77/799/ЕИО на Съвета от 19 декември 1977 година относно взаимопомощта между компетентните органи на държавите членки в областта на прякото данъчно облагане⁵³.

52 Вж. в този смисъл решение от 10 април 2014 г., *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* (C-190/12, EU:C:2014:249, т. 81 и 82 и цитираната съдебна практика).

53 ОВ L 336, 1977 г., стр. 15; Специално издание на български език, 2007 г., глава 9, том 1, стр. 21. Вж. по-специално решение от 10 април 2014 г., *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* (C-190/12, EU:C:2014:249, т. 83 и цитираната съдебна практика).

99. В контекст като този по настоящото дело такава рамкова уредба за сътрудничество и взаимопомощ по данъчни въпроси би могла да осигури на органите на съответната държава членка възможност да проверят по-специално дали въпреки „пасивния“ характер на своята дейност установеното във въпросната трета страна дружество упражнява същинска или действителна стопанска дейност чрез персонал, оборудване, стоки или помещения, без по-специално да бъде само дружество „пощенска кутия“.

100. По принцип обаче предвидените в AStG правила за прибавяне, като не правят разграничение между третите страни според това дали разполагат с рамкова уредба за сътрудничество и за обмен на информация, равностойна на Директива 77/799, с Федерална република Германия, според мен надхвърлят необходимото за постигане на целите за запазване на правомощията за данъчно облагане на въпросната държава членка и на ефективността на данъчния контрол. Прилагането на предвидените в AStG правила за прибавяне в случай на германско данъчнозадължено лице, притежаващо дялово участие в установено в трета страна дружество, по отношение на което е установено, по-специално въз основа на договорна рамка за взаимен обмен на информация по данъчни въпроси между тази държава и Федерална република Германия, че то действително извършва същинска икономическа дейност, би засегнало правомощията за данъчно облагане на държавата по седалище на дружеството и според мен предполага, че в крайна сметка правилата за прибавяне от AStG имат за цел реализирането на приходи за германската хазна⁵⁴.

101. Предвид горепосоченото, при условие че запитващата юрисдикция направи допълнителни проверки, подобна констатация може да няма практически последици в случая по главното производство.

102. В това отношение, макар запитващата юрисдикция да не дава на Съда никакви пояснения относно съществуването на рамкова уредба за сътрудничество и взаимопомощ по данъчни въпроси между Федерална република Германия и Конфедерация Швейцария, не може съвсем да се подмине с мълчание обстоятелството, че такава уредба за сътрудничество между двете държави съществува, откакто в Конфедерация Швейцария на 1 януари 2017 г. влезе в сила Конвенцията за административна взаимопомощ по данъчни въпроси, изработена от Организацията за икономическо сътрудничество и развитие (ОИСР) и от Съвета на Европа и подписана в Страсбург на 25 януари 1988 г.⁵⁵. Член 4 от тази конвенция изисква договарящите страни да обменят предполагаемата значима за администрацията информация или за прилагане на националните законодателства за представляващите предмет на конвенцията данъци, които съгласно член 2 от нея обхващат данъка върху доходите и данъка върху печалбата.

103. Съгласно обаче член 30 от Конвенцията, озаглавен „Резерви“, при депозирането на документа си за ратификация Конфедерация Швейцария уточнява, че „не предоставя никаква административна помощ във връзка с претенции относно данъчни задължения, които вече съществуват към датата на влизане в сила на конвенцията“ за тази договаряща страна, т.е. преди 1 януари 2017 г.

⁵⁴ Впрочем, както отбелязва Комисията в писменото си становище, в контекста на отношенията между държавите — членки на Съюза, и след разглежданите по главното производство данъчни периоди германският законодател е изменил AStG с Jahressteuergesetz 2008 (Закон за бюджета за 2008 г., BGBl. I, стр. 3150), позволявайки на германско данъчнозадължено лице да не прилага правилата за прибавяне, ако представи доказателства, че установеното в друга държава членка дружество упражнява действителна стопанска дейност.

⁵⁵ ETS № 127. Текстът на тази конвенция, изразените резерви и актуалното състояние на ратификациите са достъпни на следната интернет страница: <https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/127>. Федерална република Германия ратифицира конвенцията на 28 август 2015 г. и тя влиза в сила в тази държава членка на 1 декември 2015 г.

104. От това следва, че по отношение на разглежданите в главното производство данъчни периоди, които, припомням, се отнасят до 2005 г. и 2006 г., запитващата юрисдикция вероятно би трябвало да стигне до извода, че Конвенцията за административна взаимопомощ по данъчни въпроси не допуска германските данъчни органи да се консултират с швейцарските си колеги за проверка на информацията относно същинския характер на дейността на междинното дружество Y, установено в Швейцария.

105. Ето защо с оглед на обстоятелствата по делото в главното производство и освен ако не съществува двустранна рамкова уредба за обмен на информация по данъчни въпроси между Федерална република Германия и Конфедерация Швейцария, която да се прилага към фактите по спора в главното производство, което запитващата юрисдикция трябва да провери, считам, че *прилагането* на предвидените в AStG правила за прибавяне може да бъде обосновано с преследването на целта за запазване на правомощията за данъчно облагане и на ефективността на данъчния контрол на съответната държава членка.

III. Заключение

106. С оглед на съображенията, изложени като главни в настоящото заключение, предлагам на Съда да отговори на поставените от Bundesfinanzhof (Федерален финансов съд, Германия) въпроси по следния начин:

„Член 57, параграф 1 ЕО трябва да се тълкува в смисъл, че национална правна уредба, която към 31 декември 1993 г. предвижда по отношение на данъчнозадълженото лице от държава членка данъчно облагане на преките инвестиции в чуждестранно дружество, установено в трета страна, когато прагът на дялово участие е над 10 %, и чието действие продължава след 31 декември 1993 г., преди да бъде заменена с друга национална правна уредба, която по отношение на преките инвестиции по същество е идентична с правната уредба, действала към 31 декември 1993 г., попада в обхвата на тази разпоредба“.