



## Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA  
PRIITA PIKAMÄEA  
od 5. lipnja 2019.<sup>1</sup>

**Predmet C-641/17**

**College Pension Plan of British Columbia  
protiv  
Finanzamt München III**

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Finanzgericht München (Financijski sud u Münchenu, Njemačka))

„Zahtjev za prethodnu odluku – Izravno oporezivanje – Slobodno kretanje kapitala – Kretanje kapitala između država članica i trećih zemalja – Porez na dobit – Rezidentni i nerezidentni mirovinski fond – Oporezivanje dividendi portfelja dionica – Porez po odbitku – Cjelovito uračunavanje poreza po odbitku u porez na dobit – Smanjenje oporezive dobiti putem matematičkih pričuva namijenjenih isplaćivanju mirovina – Ograničenje – Usporedivost – Uzimanje u obzir matematičkih pričuva – Veza između, s jedne strane, matematičkih pričuva i drugih tehničkih pričuva i, s druge strane, primitka dividendi – Opravdanje – Konvencije o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja – Klauzula *standstill* – Vremenski i materijalni kriterij”

1. Zahtjevom za prethodnu odluku, na temelju članka 267. UFEU-a, Finanzgericht München (Financijski sud u Münchenu, Njemačka) Sudu upućuje dva pitanja koja se odnose na tumačenje odredbi primarnog prava u pogledu slobodnog kretanja kapitala, odnosno članaka 63. do 65. UFEU-a<sup>2</sup>. Okosnica ovog prethodnog postupka je odnos između te slobode i sadržaja nacionalnih odredbi koje se odnose na izravno oporezivanje dividendi.

2. Taj je zahtjev podnesen u okviru spora između, s jedne strane, College Pension Plan of British Columbia (u daljnjem tekstu: CPP), mirovinskog fonda u obliku *trusta* kanadskog prava, i, s druge strane, Finanzamt München (Abteilung III) (Porezna uprava u Münchenu, Odjel III, Njemačka). Konkretnije, u razdoblju između 2007. i 2010., taj je *trust* putem kanadskog povjerenika primio dividende od raznih njemačkih dioničkih društava kojima je njemačka porezna uprava odbila izuzeće od njemačkog poreza na dohodak od kapitala.

3. Od Suda se osobito traži da utvrdi treba li odredbe o slobodnom kretanju kapitala iz UFEU-a tumačiti na način da im se protivi njemačko zakonodavstvo na temelju kojeg se porez po odbitku na dividende može uračunati u porez na dobit koji trebaju platiti rezidentni mirovinski fondovi i na temelju kojeg se i pričuve mogu uzeti u obzir u tom okviru kako bi se smanjila oporeziva dobit, dok nerezidentni mirovinski fond nema pravo na takvo uračunavanje. K tomu, također se postavlja pitanje o primjenjivosti takozvane klauzule *standstill* predviđene u članku 64. stavku 1. UFEU-a.

<sup>1</sup> Izvorni jezik: francuski

<sup>2</sup> Budući da se prethodna pitanja odnose na članke 63. do 65. UFEU-a i da je njihov sadržaj jednak sadržaju članaka 56. do 58. Ugovora o Europskoj zajednici (UEZ) koji su im prethodili, na njih će se upućivati iako dio činjenica seže u razdoblje prije 1. prosinca 2009.

4. Sustav oporezivanja primjenjiv na dividende isplaćene mirovinskim fondovima s ograničenom poreznom obvezom, s obzirom na slobodno kretanje kapitala, već je ispitan u nekoliko predmeta pred Sudom<sup>3</sup>. Iako je sudska praksa u tom području već opširna, pitanja o postojanju eventualnog ograničenja i o usporedivosti situacija rezidentnih i nerezidentnih poreznih obveznika katkad se mogu pokazati složenima. Ovaj je predmet dobar primjer toga.

## I. Pravni okvir

### A. Zakon o nadzoru osiguravajućih društava

5. Iz spisa podnesenog Sudu proizlazi da su u razdoblju od 2007. do 2010. mirovinski fondovi i njihove djelatnosti bili uređeni *Versicherungsaufsichtsgesetzom* (Zakon o nadzoru osiguravajućih društava) u verziji objavljenoj 17. prosinca 1992. (u daljnjem tekstu: VAG 1992)<sup>4</sup>. Članak 112. VAG-a 1992 sadržavao je definiciju mirovinskih fondova. U skladu sa spisom podnesenim Sudu, stavak 1. tog članka glasio je kako slijedi:

„Mirovinski fond je štedna institucija s pravnom osobnosti

1. koja putem kapitalizacije isplaćuje strukovne mirovine jednom poslodavcu ili više njih u korist njihovih zaposlenika,
  2. koja u svim slučajevima predviđenih primanja ne može u okviru osiguranja jamčiti iznos primanja ili iznos budućih doprinosa koje treba platiti za ta primanja,
  3. koja zaposlenicima daje pravo na primanja od mirovinskih fondova, i
  4. koja je dužna isplaćivati mirovine u obliku doživotnog plaćanja.”
6. VAG 1992 stavljen je izvan snage Zakonom o modernizaciji financijskog nadzora osiguranjâ od 1. travnja 2015.<sup>5</sup> te je zamijenjen VAG-om 2015. Članak 236. stavak 1. VAG-a 2015 sadržava definiciju mirovinskih fondova, koja odgovara definiciji iz članka 112. VAG-a 1992.

### B. Porezno zakonodavstvo o mirovinskim fondovima

7. Iz spisa podnesenog Sudu slijedi da njemački sustav oporezivanja dohotka od kapitala proizlazi iz odredbi *Einkommensteuergesetz*a (Zakon o porezu na dohodak, u daljnjem tekstu: EStG), u verziji objavljenoj 19. listopada 2002.<sup>6</sup>, u vezi, što se tiče oporezivanja pravnih osoba, s odredbama *Körperschaftsteuergesetz*a (Zakon o porezu na dobit, u daljnjem tekstu: KStG), u verziji objavljenoj 15. listopada 2002.<sup>7</sup>.

3 Vidjeti osobito presude od 8. studenoga 2012., Komisija/Finska (C-342/10, EU:C:2012:688); od 22. studenoga 2012., Komisija/Njemačka (C-600/10, neobjavljena, EU:C:2012:737) i od 2. lipnja 2016., Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402).

4 BGBl., 1993. I., str. 2.

5 BGBl. 2015. I., str. 434.

6 BGBl. 2002. I., str. 4210. 2003. I., str. 179.

7 BGBl. 2002. I., str. 4144.

## **1. Sustav oporezivanja mirovinskih fondova sa sjedištem u Njemačkoj**

8. Kao društvo kapitala sa sjedištem u Njemačkoj, njemački mirovinski fond ima neograničenu poreznu obvezu plaćanja poreza na dobit u skladu s člankom 1. stavkom 1. točkom 1. KStG-a. Prema članku 7. stavku 1. KStG-a, na njegov oporezivi dohodak primjenjuje se porez na dobit. U skladu s člankom 23. KStG-a, na dobit njemačkih mirovinskih fondova primjenjuje se porez na dobit po stopi od 15 %.

9. Prema prvoj rečenici članka 8. stavka 1. KStG-a, oporezivi dohodak utvrđuje se u skladu s odredbama EStG-a. Na temelju članka 8. stavka 2. KStG-a u vezi s člankom 2. stavkom 1. točkom 2. EStG-a, svi dohoci mirovinskog fonda koji ima neograničenu poreznu obvezu smatraju se dohocima ostvarenima industrijskom ili komercijalnom djelatnosti. U skladu s člankom 2. stavkom 2. točkom 1. EStG-a, dohoci nastali industrijskom ili komercijalnom djelatnosti jesu dobit ostvarena tijekom razmatranog poreznog razdoblja.

10. Izuzeća od poreza predviđena za dividende i kapitalne dobitke u članku 8.b stavcima 1. i 2. KStG-a nisu primjenjiva na mirovinske fondove na temelju prve i pete rečenice članka 8.b stavka 8. KStG-a.

11. U skladu s člankom 20. stavkom 1. EStG-a, dividende isplaćene na dobit smatraju se dohocima od kapitala.

12. Prema odredbama članaka 43. i 44. EStG-a, porez na dohodak od kapitala naplaćuje se, po odbitku, na dohotke od kapitala te ga plaća društvo koje isplaćuje dividende. Taj porez iznosi 25 % bruto dividendi.

13. Prvom rečenicom članka 4. stavka 1. EStG-a predviđa se da je „[d]obit jednaka razlici između imovine poduzeća na kraju poslovne godine i imovine poduzeća na kraju prethodne poslovne godine, uvećanoj za vrijednost nameta i umanjenoj za vrijednost unosa kapitala”.

14. U skladu s člankom 5. EStG-a, imovina se procjenjuje primjenom računovodstvenih načela trgovačkog prava. Stoga se ta razlika utvrđuje na temelju porezne bilance koja se pak temelji na računovodstvenoj bilanci.

15. Na temelju prve rečenice članka 31. stavka 1. KStG-a u vezi s člankom 36. stavkom 2. točkom 2. EStG-a, porez na dohodak od kapitala na dividende, koji je naplaćen po odbitku i koji je već plaćen tijekom poreznog razdoblja, može se u cijelosti uračunati u porez na dobit.

16. U skladu s drugom rečenicom članka 36. stavka 4. EStG-a, „[a]ko nakon obračuna postoji višak u korist poreznog obveznika, taj mu se višak mora platiti nakon dostave poreznog mišljenja”.

17. U skladu s informacijama iz odluke kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku, u okviru sustava oporezivanja njemačkim se zakonodavstvom razlikuju dobiti ostvarene vlastitim sredstvima („povrat računovodstvenih ulaganja”) i dobiti ostvarene iz „skupa za pokriće”<sup>8</sup> („povrat neračunovodstvenih ulaganja”).

18. S jedne strane, što se tiče povrata računovodstvenih ulaganja, kada je financijska dobit veća od tehničke kamatne stope uzete u obzir pri izračunu doprinosa članova mirovinskog fonda, ta se dobit izravno prenosi u kreditiranje različitih ugovora mirovinskog fonda. Njome se ne povećava samo imovina porezne bilance mirovinskog fonda, nego i vrijednost stavaka obveza u navedenoj bilanci i, osobito, matematičke pričuve<sup>9</sup>. U tom slučaju, dobit ostvarena primitkom dividendi u potpunosti se neutralizira te se ne odražava u oporezivoj dobiti.

<sup>8</sup> Njemački izraz upotrijebljen u zahtjevu za prethodnu odluku jest „Deckungsstock”.

<sup>9</sup> Matematičke pričuve jesu kategorija pričuva koja odgovara rezervama koje oblikuju mirovinski fondovi kako bi osigurali isplatu mirovina. Te pričuve treba procijeniti u skladu s člankom 341.f Handelsgesetzbucha (Trgovački zakonik).

19. S druge strane, što se tiče povrata neračunovodstvenih ulaganja, kada je financijska dobit veća od tehničke kamatne stope uzete u obzir pri izračunu doprinosâ članova mirovinskog fonda, najmanje se 90 % te dobiti raspoređuje u korist ugovorâ članova. Taj udio dobiti od 90 % odražava se u istodobnom povećanju vrijednosti imovine upisane u poreznu bilancu i stavaka obveza u poreznoj bilanci te, osobito, u povećanju vrijednosti matematičkih pričuva te bilance. Taj dio dobiti ostvarene primitkom dividendi u potpunosti se neutralizira te se ne odražava u oporezivoj dobiti. Suprotno tomu, preostali udio od najviše 10 % dobiti ne prenosi se u kreditiranje različitih ugovora mirovinskog fonda i povećanje imovine u tu svrhu nije popraćeno istodobnim povećanjem obveza u bilanci. Ta dobit dakle predstavlja rezultat koji s poreznog stajališta treba uzeti u obzir.

## **2. Sustav oporezivanja stranih mirovinskih fondova**

20. Na temelju članka 2. točke 1. KStG-a, strani mirovinski fond, koji nema upravu ili sjedište u Njemačkoj, ima ograničenu poreznu obvezu plaćanja poreza na dobit za dohotke ostvarene na državnom području.

21. Iz članka 8. stavka 1. KStG-a u vezi s člankom 49. stavkom 1. točkom 5.a i člankom 20. stavkom 1. točkom 1. EStG-a proizlazi da su dividende koje primi strani mirovinski fond dohoci od kapitala koji podliježu ograničenoj poreznoj obvezi. Te primljene dividende posve su oporezive na temelju pete rečenice članka 8.b stavka 8. KStG-a.

22. U slučaju mirovinskog fonda koji ima ograničenu poreznu obvezu, porez se naplaćuje po odbitku i dužnik dividendi treba odbiti porez na dohodak od kapitala koji, na temelju odredbi članka 43. stavka 1. točke 1. i članka 43.a stavka 1. točke 1. EStG-a, u načelu iznosi 25 % bruto dividendi.

23. Na temelju treće rečenice članka 50.d stavka 1. EStG-a, kada je oporezivanje dividendi ograničeno na 15 % u okviru poreznih konvencija i kada mirovinski fond podnosi zahtjev za povrat Bundeszentralamt für Steuern (Savezni središnji ured za poreze, Njemačka), razlika između poreza na dohodak od kapitala po odbitku i porezne stope odobrene na temelju predmetnog poreznog ugovora vraća se tom fondu.

24. U skladu s člankom 32. stavkom 1. točkom 2. KStG-a, kada primatelj dohotka ima ograničenu poreznu obvezu u Njemačkoj, porez na dohodak od kapitala od 15 % je konačan.

25. Zbog toga je, prema mišljenju suda koji je uputio zahtjev, mogućnost uračunavanja poreza na dohodak od kapitala u porez na dobit isključena za strane mirovinske fondove koji ne mogu niti odbiti eventualne poslovne rashode od osnovice svojih oporezivih dohodaka. Uvjeti povrata poreza na dohodak od kapitala društvima koja imaju ograničenu poreznu obvezu predviđeni u članku 32. stavku 5. KStG-a nisu ispunjeni.

## **C. Bilateralna konvencija o dvostrukom oporezivanju koju su sklopile Savezna Republika Njemačka i Kanada**

26. Konvencija između Savezne Republike Njemačke i Kanade radi izbjegavanja dvostrukog oporezivanja u području poreza na dohodak i nekih drugih poreza, sprečavanja utaje poreza i pružanja pomoći u pogledu poreznih pitanja, sklopljena u Berlinu 19. travnja 2001. (u daljnjem tekstu: Bilateralna konvencija o dvostrukom oporezivanju)<sup>10</sup> u svojem članku 10. stavku 2. točki (b) predviđa da država iz koje potječu dividende može na njihov bruto iznos naplatiti porez od 15 %.

<sup>10</sup> BGBl. 2002. II., str. 670.

27. Na temelju članka 23. stavka 1. točke (a) Bilateralne konvencije o dvostrukom oporezivanju, Kanada, kao država sjedišta, sprečava dvostruko oporezivanje dividendi mehanizmom uračunavanja.

## II. Glavni postupak i prethodna pitanja

28. Predmet poslovanja CPP-a je upravljanje kapitalom kako bi osigurao isplate mirovina bivšim dužnosnicima u pokrajini Britanska Kolumbija. Stoga u svojim bilancama oblikuje tehničke pričuve koje odgovaraju obvezama mirovinskog osiguranja. Posredstvom društva za upravljanje portfeljima, CPP drži udjele u njemačkim dioničkim društvima. CPP i to fiducijarno društvo sklopili su fiducijarni ugovor na temelju kojeg se fiducijarno društvo obvezuje uputama i smjernicama CPP-a, koje su dio tog ugovora, u pogledu odluka o ulaganju. CPP je u Kanadi u potpunosti oslobođen poreza na dobit.

29. CPP je držao dionice u različitim njemačkim dioničkim društvima u postotku manjem od 1 %. U razdoblju od 2007. do 2010. na temelju tih udjela isplaćene su mu dividende u skladu s pravilima opisanima u točkama 17. do 19. ovog mišljenja. U skladu s člankom 10. stavkom 2. točkom (b) Bilateralne konvencije o dvostrukom oporezivanju, na te se dividende, na temelju poreza na dohodak od kapitala, primjenjivao porez po odbitku od 15 %, koji je ukupno iznosio 156 280,10 eura.

30. CPP je 23. prosinca 2011. od Porezne uprave u Münchenu tražio da donese odluku o izuzeću od poreza na dohodak od kapitala i o povratu tog iznosa od 156 280,10 eura, uvećanog za kamate, jer je stavljen u nepovoljniji položaj u odnosu na njemačke mirovinske fondove, s obzirom na to da je njima porez na dohodak od kapitala na dividende u potpunosti vraćen. Odlukom od 26. svibnja 2014. njemačka porezna uprava odbila je taj zahtjev.

31. Budući da je prigovor na tu odluku također odbijen, CPP je pokrenuo postupak pred sudom koji je uputio zahtjev, Finanzgericht München (Financijski sud u Münchenu, Njemačka).

32. Uvodno, taj sud navodi da je CPP usporediv s njemačkim mirovinskim fondovima u smislu članka 236. VAG-a 2015, s čim se uostalom obje stranke slažu. K tomu, stranke glavnog postupka također navode da je nesporno da udjeli u njemačkim dioničkim društvima i dohoci koji se ostvaruju na temelju tih udjela ne trebaju pripasti fiducijarnom društvu, nego CPP-u koji je njihov stvarni primatelj.

33. Kao prvo, sud koji je uputio zahtjev objašnjava, što se tiče rezidentnog mirovinskog fonda, da se porez na dobit koji se primjenjuje na potonji fond temelji na dobiti upisanoj u bilancu tog fonda. Ta dobit među ostalim ovisi o primitku dividendi i oblikovanju pričuva jer rezidentni mirovinski fond može od oporezive dobiti odbiti pričuve radi isplate mirovina. Stoga se primitak dividendi ne odražava nužno u povećanju poreza na dobit koji treba platiti, već samo u relativno slabom povećanju tog poreza.

34. Suprotno tomu, što se tiče nerezidentnog mirovinskog fonda, sud koji je uputio zahtjev ističe da, kada taj fond prima dividende, ima ograničenu poreznu obvezu plaćanja njemačkog poreza na dobit. Taj se porez naplaćuje po odbitku i društvo koje isplaćuje dividende treba odbiti porez na dohodak od kapitala koji u načelu iznosi 25 % bruto dividendi, u skladu s odredbama članka 43. stavka 1. točke 1. i članka 43.a stavka 1. točke 1. EStG-a. U skladu s člankom 10. stavkom 2. točkom (b) Bilateralne konvencije o dvostrukom oporezivanju, oporezivanje dividendi ograničeno je na 15 %. Savezni središnji ured za poreze vraća na zahtjev tu razliku između poreza na dohodak od kapitala po odbitku i te stope od 15 %.

35. U tim okolnostima, sud koji je uputio zahtjev pita predstavlja li razlika u poreznom tretmanu između nerezidentnih mirovinskih fondova, koji primaju dividende na koje se primjenjuje konačan porez po odbitku, i rezidentnih mirovinskih fondova, na čije se dividende primjenjuje isti porez ali se taj porez može uračunati u porez na dobit, ograničenje slobodnog kretanja kapitala.

36. U slučaju da Sud presudi da navedena razlika u poreznom tretmanu predstavlja ograničenje slobodnog kretanja kapitala, sud koji je uputio zahtjev pita koje bi bilo eventualno opravdanje takvog ograničenja.

37. Kao drugo, sud koji je uputio zahtjev postavlja pitanje o primjenjivosti klauzule *standstill*, koja je predviđena u članku 64. stavku 1. UFEU-a. U tom pogledu, kao prvo, naglašava da je članak 32. stavak 1. točka 2. KStG-a, na temelju kojeg je porez na dohodak od kapitala od 15 % konačan za primatelje dohotka koji imaju ograničenu poreznu obvezu u Njemačkoj i iz kojeg proizlazi razlika u tretmanu između rezidentnih i nerezidentnih mirovinskih fondova, već postojao 31. prosinca 1993. u obliku odredbe članka 50. stavka 1. točke 2. KStG-a iz 1991., čiji su tekst i primjena bili jednaki. Kao drugo, nije važno da je stopa poreza na dohodak od kapitala od 25 %, koja je već postojala 31. prosinca 1993. na temelju članka 43. stavka 1. točke 1. u vezi s člankom 43.a stavkom 1. točkom 1. EStG-a, bila 1. siječnja 2001. smanjena na 20 %, kako bi se 1. siječnja 2009. ponovno povećala na 25 %. Zakonodavnom izmjenom od 1. siječnja 2009. različite stope koje su se prije primjenjivale na dohodak od kapitala, odnosno 20 %, 25 % i 30 %, zamijenjene su jedinstvenom stopom od 25 % a da pritom nije izmijenjeno pravilo kojim je uređen porez na dohodak od kapitala po odbitku. Kao treće, postavlja se pitanje je li ispunjen materijalni kriterij povezan s pružanjem financijskih usluga. U tom pogledu, valja utvrditi postoji li u slučaju kao što je onaj u glavnom postupku uzročno-posljedična veza između pružanja financijske usluge i kretanja kapitala, u smislu presude Wagner-Raith<sup>11</sup>.

38. U tim je okolnostima Finanzgericht München (Financijski sud u Münchenu) odlučio prekinuti postupak i uputiti Sudu sljedeća prethodna pitanja:

1. Protivi li se slobodnom kretanju kapitala u skladu s člankom 63. stavkom 1. UFEU-a u vezi s člankom 65. UFEU-a zakonodavstvo države članice na temelju kojeg nerezidentna institucija za strukovno mirovinsko osiguranje, koja je u pogledu svoje osnovne strukture usporediva s njemačkim mirovinskim fondom, ne ostvaruje nikakvo izuzeće od poreza na dohodak od kapitala za primljene dividende, dok odgovarajuće isplate dividendi rezidentnim mirovinskim fondovima ne dovode ili dovode samo do relativno malog povećanja obveze poreza na dobit jer u postupku razreza poreza imaju mogućnost smanjiti oporezivu dobit odbijanjem iznosa pričuva za mirovinske obveze i poništiti plaćeni porez na dohodak od kapitala uračunavanjem ili povratom ako je iznos poreza na dobit koji je potrebno platiti niži od iznosa koji se uračunava?
2. U slučaju potvrdnog odgovora na prvo pitanje: je li ograničenje slobodnog kretanja kapitala koje proizlazi iz članka 32. stavka 1. točke 2. KStG-a, u skladu s člankom 63. UFEU-a u vezi s člankom 64. stavkom 1. UFEU-a, prema trećim zemljama dopušteno jer je povezano s pružanjem financijskih usluga?"

### III. Postupak pred Sudom

39. Pisana očitovanja podnijeli su CPP, Porezna uprava u Münchenu, njemačka vlada i Europska Komisija. Izlaganja stranaka, osim Porezne uprave u Münchenu, saslušana su na raspravi održanoj 20. ožujka 2019.

### IV. Analiza

40. Najprije, kao prvo, nema sumnje da je temeljna sloboda koja se primjenjuje u ovom predmetu slobodno kretanje kapitala. S jedne strane, Sud je nedavno podsjetio da su kretanja kapitala na koja se odnosi članak 63. UFEU-a, osobito, izravna ulaganja u obliku udjela u poduzeću putem posjedovanja dionica koje pružaju mogućnost stvarnog sudjelovanja u njegovu upravljanju i nadzoru (takozvana

<sup>11</sup> Presuda od 21. svibnja 2015. (C-560/13, EU:C:2015:347, t. 39. i 44.)

„izravna” ulaganja) kao i nabava vrijednosnih papira na tržištu kapitala s isključivim ciljem provedbe financijskog ulaganja, bez ikakve namjere da se utječe na upravljanje poduzećem i njegov nadzor (takozvana „portfeljna” ulaganja)<sup>12</sup>. S druge strane, prema dosad već ustaljenoj sudskoj praksi nacionalne odredbe koje se primjenjuju na udjele koji se stječu samo radi financijskog ulaganja, bez namjere izvršavanja utjecaja na upravljanje i kontrolu nad poduzećem, moraju se razmotriti isključivo s obzirom na slobodu kretanja kapitala<sup>13 14</sup>. U ovom slučaju, nesporno je da je riječ o financijskim ulaganjima, bez namjere izvršavanja utjecaja na upravljanje i kontrolu nad poduzećem jer kanadski mirovinski fond drži udio, manji od 1 %, u različitim njemačkim dioničkim društvima. Stoga se odredbe o slobodnom kretanju kapitala, osobito odredbe članka 63. do 65. UFEU-a, primjenjuju na situaciju kao što je ona u glavnom predmetu.

41. Kao drugo, čini mi se da se pitanje koje se odnosi na primjenjivost klauzule *standstill* koja je predviđena člankom 64. stavkom 1. UFEU-a treba analizirati nakon pitanja predstavlja li predmetno zakonodavstvo ograničenje slobodnog kretanja kapitala, u smislu članka 63. stavka 1. UFEU-a. Naime, u tekstu članka 64. stavka 1. UFEU-a upućuje se na „ograničenja”, što podrazumijeva da, kako bi se ta odredba primijenila, najprije valja kvalificirati nacionalno zakonodavstvo i utvrditi predstavlja li sustav predviđen tim zakonodavstvom ograničenje<sup>15</sup>. Stoga predlažem da se prethodna pitanja ispitaju redom kojim su postavljena.

#### A. Prvo prethodno pitanje

42. Svojim prvim pitanjem, sud koji je uputio zahtjev u biti pita treba li članke 63. i 65. UFEU-a tumačiti na način da im se protivi zakonodavstvo države članice kojim se dividende koje rezidentno društvo isplaćuje rezidentnim i nerezidentnim mirovinskim fondovima oporezuju po odbitku, pri čemu se mehanizam cjelovitog uračunavanja u porez na dobit predviđa samo za rezidentne fondove, dok su za nerezidentne fondove 3/5 (15 %) tog poreza od 25 % konačne, s obzirom na to da se za 2/5 tog poreza (10 %) može ostvariti povrat na zahtjev.

43. Kako bi se odgovorilo na to pitanje, predlažem analizu, kao prvo, postojanja ograničenja slobode kretanja kapitala u smislu članka 63. UFEU-a i, po potrebi, kao drugo, dopuštenosti takvog ograničenja.

12 Vidjeti u tom smislu presudu od 26. veljače 2019., X (Društva posrednici sa sjedištem u trećim zemljama, C-135/17, EU:C:2019:136, t. 26. i navedena sudska praksa).

13 Vidjeti osobito presudu od 24. studenoga 2016., SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, t. 33. i navedena sudska praksa).

14 U sličnoj situaciji kao u glavnom predmetu, u presudi od 10. travnja 2014., Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, t. 34.), Sud je upravo pojasnio da, kako bi se utvrdilo ulazi li predmetno zakonodavstvo u područje primjene članka 63. UFEU-a, nije potrebno ispitati prirodu oslobođenja predviđenog tim zakonodavstvom ni karakter djelatnosti koju obavlja investicijski fond, nego oblik sudjelovanja investicijskih fondova u društvima rezidentima.

15 U tom pogledu, želim napomenuti da je u nedavnoj presudi od 26. veljače 2019., X (Društva posrednici sa sjedištem u trećim zemljama, C-135/17, EU:C:2019:136) Sud odlučio pitanja ispitati obrnutim redoslijedom, odnosno ispitati predmetni propis najprije s obzirom na članak 64. stavak 1. UFEU-a, a zatim s obzirom na članak 63. stavak 1. UFEU-a.

## 1. Postojanje ograničenja slobodnog kretanja kapitala

44. Prema ustaljenoj sudskoj praksi, ograničenja kretanja kapitala jesu sve mjere koje mogu odvratiti nerezidentne porezne obveznike od ulaganja u nekoj državi članici ili odvratiti rezidentne porezne obveznike navedene države članice od ulaganja u drugim državama članicama<sup>16</sup>. Konkretnije, nepovoljni tretman dividendi uplaćenih nerezidentnim društvima u jednoj državi članici, u odnosu na tretman rezerviran za dividende rezidentnih društava, može odvratiti društva sa sjedištem u državi različitoj od navedene države članice od ulaganja u tu državu članicu i, slijedom navedenog, predstavlja ograničenje slobodnog kretanja kapitala u načelu zabranjeno člankom 63. UFEU-a<sup>17</sup>.

45. U ovom slučaju, nacionalno zakonodavstvo o kojem je riječ u glavnom postupku predviđa porezni tretman u dvije faze. Kao prvo, dividende isplaćene rezidentnom mirovinskom fondu, kao i one isplaćene nerezidentnom mirovinskom fondu podliježu porezu po odbitku. U tom pogledu, što se tiče dividendi isplaćenih nerezidentnim mirovinskim fondovima, prema informacijama iz odluke kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku, konačno se naplaćuju 3/5 (15 %) poreza po odbitku, na temelju članka 32. stavka 1. točke 2. KStG-a, dok se za 2/5 (10 %) tog poreza ostvaruje povrat u skladu s pravilima opisanima u točki 23. ovog mišljenja. Stoga se u glavnom predmetu na predmetne dividende primjenjivao porez po odbitku od 15 %. Suprotno tomu, što se tiče poreza po odbitku primijenjenog na dividende isplaćene rezidentnim mirovinskim fondovima, iz objašnjenja koja je iznio sud koji je uputio zahtjev proizlazi da on iznosi 25 %.

46. Kao drugo, na mirovinske se fondove primjenjuju se dva različita sustava oporezivanja u pogledu dividendi koje im se isplaćuju. Naime, porez na dohodak od kapitala na dividende koje primaju nerezidentni mirovinski fondovi postaje konačan. Suprotno tomu, što se tiče dividendi isplaćenih rezidentnim mirovinskim fondovima, one se upisuju u računovodstvenu bilancu mirovinskog fonda, na temelju koje će se utvrditi oporeziva dobit i na koju će se primijeniti porez na dobit od 15 %<sup>18</sup>. Obveza obračuna tog poreza nastaje kada se porez na dohodak od kapitala može u cijelosti uračunati u iznos koji treba platiti. Naime, sud koji je uputio zahtjev navodi da, na temelju članka 31. KStG-a u vezi s člankom 36. stavkom 2. točkom 2. EStG-a, „[p]orez na dohodak od kapitala po odbitku na dividende isplaćene mirovinskim fondovima u cijelosti se uračunava u porez na dobit koji treba platiti”<sup>19</sup> i, u skladu s drugom rečenicom članka 36. stavka 4. EStG-a, „[k]ad je porez na dohodak od kapitala po odbitku veći od utvrđenog poreza na dobit, on se vraća nacionalnom mirovinskom fondu”<sup>20</sup>.

47. Kao što objašnjava sud koji je uputio zahtjev, njemački mirovinski fond može, s jedne strane, smanjiti svoju dobit koja se oporezuje porezom na dobit uzimajući u obzir pričuve za mirovinske obveze i, s druge strane, porez na dohodak od kapitala po odbitku uračunati u porez na dobit. Stoga mi se čini da u ovom predmetu navodno ograničenje slobodnog kretanja kapitala može proizaći iz tih dvaju itekako različitih mehanizama oporezivanja koji su predviđeni nacionalnim zakonodavstvom. Naime, s jedne strane, to ograničenje može nastati jer dobit koja se oporezuje porezom na dobit djelomično ovisi o pričuvama koje oblikuje mirovinski fond i kojima se smanjuje njegova oporeziva

16 Presude od 10. svibnja 2012., Santander Asset Management SGIC i dr. (C-338/11 do C-347/11, EU:C:2012:286, t. 15.); od 17. rujna 2015., Miljoen i dr. (C-10/14, C-14/14 i C-17/14, EU:C:2015:608, t. 44.) i od 2. lipnja 2016., Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, t. 27.)

17 Vidjeti osobito presudu od 2. lipnja 2016., Pensioenfonds Metaal en Techniek, C-252/14 (EU:C:2016:402, t. 28. i navedena sudska praksa).

18 U svojim pisanim očitovanjima, CPP tvrdi da se dodatak solidarnosti od 5,5 % dodaje porezu na dobit, tako da ukupno porezno opterećenje iznosi 15,825 %. Međutim, utvrđujem da u zahtjevu za prethodnu odluku sud koji je uputio zahtjev rasuđuje na temelju poreza na dobit od 15 %. Za potrebe ovog mišljenja, upućivat će se na stopu od 15 %.

19 Sud koji je uputio zahtjev također navodi da se „porez na dohodak od kapitala u potpunosti uračunava u porez na dobit koji trebaju platiti njemački mirovinski fondovi koji imaju neograničenu poreznu obvezu”.

20 U svojim pisanim očitovanjima, CPP naglašava da se porez na dohodak od kapitala i dodatak solidarnosti na dividende mogu uračunati u porez na dobit koji treba platiti mirovinski fond. Međutim, takvo se pojašnjenje na navodi u zahtjevu za prethodnu odluku. Za potrebe ovog mišljenja, upućivat će se na porez na dohodak od kapitala od 25 % bruto dividendi, koji se može uračunati.



dobit. S druge strane, to ograničenje može proizaći iz činjenice da rezidentni mirovinski fond u porez na dobit koji treba platiti može uračunati plaćeni porez na dohodak od kapitala i dobiti povrat viška potonjeg poreza. Predlažem ispitivanje tih dvaju mehanizama kako bi se utvrdilo dovodi li ijedan od njih, ili čak oba, do navodnog ograničenja.

48. Što se tiče pričuva koje oblikuje mirovinski fond, sud koji je uputio zahtjev objašnjava da su matematičke pričuve poseban oblik pričuva za nepredviđene dugove, kojima se anticipiraju strukovne mirovine koje će mirovinski fond u budućnosti morati isplaćivati svojim članovima. Tvrdi da, zbog pričuva, koje oblikuje mirovinski fond i koje se navode u stupcu obveza u računovodstvenoj bilanci i, konkretnije, matematičkih pričuva koje se oblikuju radi mirovinskih obveza, oporeziva dobit pri utvrđivanju iznosa poreza na dobit koji treba platiti može biti „relativno niska”.

49. Stoga, u skladu s objašnjenjima navedenima u odluci kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku, isplata dividendi uglavnom ne dovodi do povećanja oporezive dobiti utvrđene na temelju računovodstvene bilance, s obzirom na to da se obveze u toj bilanci, osobito matematičke pričuve koje se u njoj navode, povećavaju jednako kao imovina<sup>21</sup>. Oporeziva dobit povećava se samo u slučaju kada se dobit ne prenosi u kreditiranje ugovora članova, a u tom će slučaju ta dobit dovesti do povećanja imovine mirovinskog fonda, ali ne i do istodobnog povećanja obveza tog fonda. To je slučaj s 10 % dobiti koja se ne prenosi u kreditiranje ugovora članova koji je opisan u točki 19. ovog mišljenja. U tom slučaju, tih preostalih 10 % dobiti ne vraća se članovima, tako da se matematičke pričuve neće povećati. Taj preostali postotak dobiti koji nije raspoređen za ugovore članova stoga neće povećati ni iznos mirovina koji će se isplaćivati članovima po dospijeću (odnosno nakon umirovljenja).

50. Iz toga proizlazi da se dividende koje primi rezidentni mirovinski fond, osim kada je riječ o preostalim 10 % dobiti koja se ne prenosi u kreditiranje ugovora članova, uglavnom prenose u navedena kreditiranja, tako da se dobit koja se oporezuje porezom na dobit ne povećava ili se vrlo malo povećava.

51. Kako bih odgovorio na pitanje koliko povećanje pričuva može utjecati na stvarno porezno opterećenje u pogledu isplaćenih dividendi, najprije napominjem da je, u predmetima koji se odnose na „izlazne” dividende i porez po odbitku, Sud ispitao tretman rezerviran za dividende, a ne za oporezivu dobit<sup>22</sup>.

52. Što se tiče tog tretmana, valja utvrditi stvarno porezno opterećenje u pogledu dividendi kada se na njih kumulativno primjenjuje porez na dohodak od kapitala po odbitku od 25 % i porez na dobit od 15 %. Pristup kojim se ograničenje slobodnog kretanja kapitala utvrđuje ispitivanjem stvarnog poreznog opterećenja, prema mojem mišljenju, potvrđen je sudskom praksom Suda. Naime, najprije, Sud je u nekoliko predmeta koji se odnose na oporezivanje dividendi već prepustio nacionalnom sudu utvrđivanje jesu li nerezidentni porezni obveznici konačno podnosili teže stvarno porezno opterećenje u državi koja je primijenila porez po odbitku od opterećenja koje su podnosili rezidentni porezni obveznici za dividende iste naravi<sup>23</sup>. Zatim je Sud u presudi Hirvonen<sup>24</sup> u biti presudio da je oporezivanje bruto dohodaka poreznog obveznika koji ima ograničenu poreznu obvezu u skladu s pravom Unije ako ono u konačnici nije veće od oporezivanja neto dohodaka po stopi primjenjivoj na

21 Sud koji je uputio zahtjev navodi da „prihodi od dividendi koje ostvare njemački mirovinski fondovi uglavnom ne dovode, zbog istodobnog povećanja pričuva za mirovinske obveze, do pojave oporezive dobiti” i da, s obzirom na to da se ti fondovi „oporezuju na temelju njihove dobiti (odnosno nakon odbijanja poslovnih troškova), oni uobičajeno plaćaju samo relativno nizak porez na dobit jer općenito istodobno primaju dividende te im se povećavaju pričuve”.

22 Vidjeti presude od 22. studenoga 2012., Komisija/Njemačka (C-600/10, neobjavljena, EU:C:2012:737, t. 15.) i od 8. studenoga 2012., Komisija/Finska (C-342/10, EU:C:2012:688, t. 33.).

23 Vidjeti u tom smislu presude od 2. lipnja 2016., Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, t. 34.); od 17. rujna 2015., Miljoen i dr. (C-10/14, C-14/14 i C-17/14, EU:C:2015:608, t. 48.) i od 19. siječnja 2006., Bouanich, (C-265/04, EU:C:2006:51, t. 33.).

24 Presuda od 19. studenoga 2015., Hirvonen (C-632/13, EU:C:2015:765, t. 44. i 48.)

porezne obveznike koji imaju neograničenu poreznu obvezu<sup>25</sup>. Naposljetku, Sud je nedavno u presudi Sofina odlučio da, „kako bi se usporedilo porezno opterećenje koje se nameće takvim dividendama i ono koje se nameće dividendama isplaćenima rezidentnom društvu, valja uzeti u obzir porezno razdoblje u kojem su dividende isplaćene”<sup>26</sup>.

53. U ovom slučaju, utvrđujem da odluka kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku ne sadržava nikakve brojčane podatke na temelju kojih se može utvrditi stvarno porezno opterećenje u pogledu dividendi kada se na njih kumulativno primjenjuju porez na dohodak od kapitala i porez na dobit.

54. U tom kontekstu, pokušao sam utvrditi to opterećenje na temelju elemenata iz spisa. Na temelju mojih izračuna, čini se da stvarno porezno opterećenje u pogledu dividendi koje je primio rezidentni mirovinski fond iznosi najviše 11,25 % bruto dividendi<sup>27</sup>. Stoga, neovisno o vrijednosti pričuva, ta stvarna stopa uvijek će biti manja od stope od 15 % primijenjene na dividende koje prima nerezidentni mirovinski fond. To podrazumijeva da će stvarno porezno opterećenje u pogledu dividendi isplaćenih rezidentnim i nerezidentnim mirovinskim fondovima uvijek biti nejednako<sup>28</sup>. Prema tome, smatram da, u okolnostima glavnog predmeta, količina pričuva nije relevantna za utvrđivanje ograničenja slobodnog kretanja kapitala.

55. Drugim riječima, čini mi se da je točno da činjenica da se oporeziva dobit može smanjiti putem pričuva omogućuje smanjenje iznosa koji treba platiti na temelju poreza na dobit. Međutim, ne čini mi se da to smanjenje dovodi do ograničenja slobodnog kretanja kapitala, koje postoji neovisno o količini pričuva koje oblikuje rezidentni mirovinski fond. Doduše, takvu provjeru dužan je provesti nacionalni sud koji je jedini ovlašten utvrditi stvarno porezno opterećenje u pogledu dividendi isplaćenih rezidentnom i nerezidentnom mirovinskom fondu.

56. Osim toga, pitam se nije li taj pristup potkrijepljen argumentom CPP-a koji tvrdi da smanjenje oporezive dobiti ima za cilj izbjegavanje ekonomskog dvostrukog oporezivanja dividendi. Naime, prema mišljenju CPP-a, zakonodavac je donio članak 8. stavak 8. KStG-a kako bi neutralizirao i, u praksi, izuzeo dividende od poreza uzimanjem u obzir tehničkih pričuva na razini poreza. Međutim, valja naglasiti da se „neutralizacija” ili „izuzeće” dividendi isplaćenih mirovinskom fondu odnosi samo na naplatu poreza na dobit. Stoga se ne čini da taj mehanizam utječe na već plaćeni porez na dohodak od kapitala koji je u cijelosti uračunan<sup>29</sup>.

57. U tom pogledu, čini mi se da se ovaj predmet razlikuje od okolnosti u kojima je donesena presuda Komisija/Finska<sup>30</sup> na koju upućuje sud koji je uputio zahtjev. U toj presudi, Sud je presudio da ograničenje članka 63. UFEU-a predstavlja nacionalni propis prema kojem su dividende koje su primali rezidentni mirovinski fondovi u praksi bile izuzete ili djelomično izuzete od poreza na dohodak na temelju izričitih odredbi nacionalnog zakonodavstva kojim se predviđalo odbijanje pričuva, dok se na dividende koje su primali nerezidentni mirovinski fondovi primjenjivala porezna stopa od 19,5 % na temelju nacionalnog zakonodavstva ili od najviše 15 % na temelju konvencija o

25 K tomu, pojam težeg poreznog opterećenja također se upotrebljava u području oporezivanja nasljedstva. U presudi od 31. ožujka 2011., Schröder (C-450/09, EU:C:2011:198, t. 40.), u pogledu oporezivanja nasljedstva, Sud je odlučio da umanjenje porezne osnovice nekretnine, koje ovisi o mjestu boravišta preminule osobe ili osobe koja ima pravo na nasljedstvo u trenutku smrti ostavitelja, dovodi do težeg stvarnog poreznog opterećenja od onog koje uključuje najmanje jednog rezidenta i stoga ima za učinak smanjenje vrijednosti navedenog nasljedstva.

26 Presuda od 22. studenoga 2018., Sofina i dr. (C-575/17, EU:C:2018:943, t. 31.)

27 Pod pretpostavkom da je X vrijednost isplaćenih bruto dividendi, vrijednost neto dividendi isplaćenih rezidentnom mirovinskom fondu iznosi  $X - (0,25X)$ . Primjenom stope od 15 % na temelju poreza na dobit dobiva se rezultat  $[X - (0,25X)] \times 0,15$ ; što dovodi do stvarne stope od 11,25 %.

28 Njemačka je vlada na raspravi, u odgovoru na pitanje Suda, potvrdila da, što se tiče konačnog poreznog opterećenja, postoji razlika u tretmanu između rezidentnih i nerezidentnih mirovinskih fondova.

29 Na temelju članka 31. KStG-a u vezi s člankom 36. stavkom 2. točkom 2. EStG-a

30 Presuda od 8. studenoga 2012. (C-342/10, EU:C:2012:688)

izbjegavanju dvostrukog izbjegavanja koje je sklopila Republika Finska<sup>31</sup>. Međutim, u glavnom predmetu, na dividende isplaćene rezidentnim i nerezidentnim mirovinskim fondovima primjenjuje se porez na dohodak od kapitala po odbitku. Na samo postojanje i visinu tog poreza po odbitku nije utjecalo oblikovanje pričuva. Naime, iako je oporeziva dobit smanjena te su dividende isplaćene rezidentnom mirovinskom fondu zapravo djelomično izuzete od poreza koji treba platiti, to se odnosi samo na oporezivanje dobiti mirovinskog fonda na temelju poreza na dobit, ali ne i na temelju poreza na dohodak od kapitala, pri čemu se za potonji porez može ostvariti potpuni povrat.

58. Stoga predlažem Sudu da smatra da u ovom slučaju drugi mehanizam koji je doveo do navodnog ograničenja, odnosno cjelovito uračunavanje poreza na dohodak od kapitala u porez na dobit i eventualni povrat viška nakon obračuna, predstavlja ograničenje slobodnog kretanja kapitala.

59. Kao što sam već naveo, smatram da je sud koji je uputio zahtjev dužan utvrditi je li i u kojoj mjeri stvarno porezno opterećenje manje od poreznog opterećenja u pogledu dividendi isplaćenih nerezidentnom mirovinskom fondu na koji se primjenjuje porez po odbitku od 15 % u skladu s Bilateralnom konvencijom o dvostrukom oporezivanju.

60. Ako sud koji je uputio zahtjev zaključi da su dividende koje je primio rezidentni mirovinski fond djelomično izuzete od poreza na dohodak od kapitala zbog cjelovitog uračunavanja, čini se da bi to dovelo do utvrđenja da je stvarno porezno opterećenje teže u pogledu dividendi isplaćenih nerezidentnim mirovinskim fondu. Iz toga slijedi da se s tim dividendama postupalo povoljnije nego s dividendama isplaćenima nerezidentnom mirovinskom fondu. Ta razlika u poreznom tretmanu mirovinskih fondova prema njihovoj rezidentnosti može odvratiti nerezidentne mirovinske fondove od ulaganja u društva sa sjedištem u Njemačkoj. Naime, u takvom slučaju, nerezidentni mirovinski fondovi nemaju mogućnost ostvarivanja povrata poreza naplaćenog po odbitku i to stoga predstavlja ograničenje slobodnog kretanja kapitala, koje je u načelu zabranjeno člankom 63. stavkom 1. UFEU-a.

## 2. Dopuštenost ograničenja

61. U skladu s člankom 65. stavkom 1. točkom (a) UFEU-a, „[o]dredbe članka 63. [UFEU-a] ne dovode u pitanje pravo država članica [...] da primjenjuju odgovarajuće odredbe svojeg poreznog prava kojima se pravi razlika između poreznih obveznika koji nisu u istom položaju u pogledu mjesta boravišta ili mjesta ulaganja njihova kapitala”.

62. Ta se odredba, s obzirom na to da predstavlja iznimku od temeljnog načela slobodnoga kretanja kapitala, mora usko tumačiti. Prema tome, navedena odredba ne može se tumačiti u smislu da je svako porezno zakonodavstvo koje uključuje razlikovanje poreznih obveznika prema mjestu boravišta ili državi članici u kojoj ulažu svoj kapital automatski u skladu s UFEU-om. Naime, iznimka iz članka 65. stavka 1. točke (a) UFEU-a sama je ograničena stavkom 3. tog članka, prema kojem nacionalne odredbe iz tog stavka 1. „ne smiju biti sredstvo proizvoljne diskriminacije ili prikrivenog ograničenja slobodnog kretanja kapitala i platnog prometa kako je utvrđeno u članku 63. [UFEU-a]”<sup>32</sup>.

31 Naime, čini mi se da se u predmetu u kojem je donesena ta presuda oporezivalo 75 % dividendi koje rezidentna društva isplaćuju rezidentnim mirovinskim fondovima te se na njih primjenjivala porezna stopa od 26 %. Stoga su te dividende *de facto* bile u potpunosti oporezive po stopi od 19,5 %. Sud je smatrao da je taj propis predstavljao ograničenje u smislu članka 63. UFEU-a.

32 Vidjeti u tom smislu presude od 17. listopada 2013., Welte (C-181/12, EU:C:2013:662, t. 42. i 43. i navedena sudska praksa); od 17. rujna 2015., Miljoen i dr. (C-10/14, C-14/14 i C-17/14, EU:C:2015:608, t. 63.) i od 22. studenoga 2018., Sofina i dr. (C-575/17, EU:C:2018:943, t. 45.).

63. Stoga treba razlikovati razlike u tretmanu koje su dopuštene člankom 65. stavkom 1. točkom (a) UFEU-a i diskriminaciju zabranjenu člankom 65. stavkom 3. UFEU-a<sup>33</sup>. Međutim, iz sudske prakse Suda proizlazi da se nacionalno porezno zakonodavstvo poput onoga u glavnom postupku može smatrati usklađenim s odredbama Ugovora koje se odnose na slobodno kretanje kapitala ako se razlika u tretmanu odnosi na situacije koje nisu objektivno usporedive ili ako je ta razlika u tretmanu opravdana važnim razlozima u općem interesu<sup>34</sup>.

#### ***a) Usporedivost situacija o kojima je riječ u glavnom predmetu***

64. Prema ustaljenoj sudskoj praksi, usporedivost situacije s prekograničnim elementom i unutarnje situacije treba ispitivati vodeći računa o cilju predmetnih nacionalnih odredbi kao i predmetu i sadržaju tih odredbi<sup>35</sup>. K tomu, samo se kriteriji razlikovanja utvrđeni odnosnim zakonodavstvom moraju uzeti u obzir kako bi se ocijenilo odražava li razlika u tretmanu koja proizlazi iz takvog zakonodavstva situacije koje su objektivno različite<sup>36</sup>.

65. Međutim, utvrđujem da zahtjev za prethodnu odluku ne sadržava objašnjenja o cilju zakonodavstva o kojem je riječ u glavnom predmetu. U tim okolnostima, predlažem da se ispituju argumenti koje su iznijele stranke ovog prethodnog postupka. S obzirom na te argumente, ta analiza usporedivosti situacija između rezidentnih i nerezidentnih mirovinskih fondova obuhvaćat će tri točke, odnosno cilj njemačkog zakonodavstva u pogledu obveza prema članovima (1), navodna primjena različitih tehnika oporezivanja na dvije kategorije mirovinskih fondova (2) i uzimanje u obzir troškova izravno povezanih s primitkom dividendi (3).

#### ***1) Obveze prema članovima***

66. CPP naglašava da su svi mirovinski fondovi, rezidentni i nerezidentni, dužni ulagati premije osiguranja na tržištu kapitala kako bi ostvarili dividende koje mirovinskim fondovima služe za ispunjavanje svojih obveza prema članovima. Zato ih Njemačka izuzima od poreza, pod uvjetom da dividende služe ispunjavanju obveza prema članovima. Iako se nacionalnim zakonodavstvom primjenjivim na rezidentne mirovinske fondove uzima u obzir činjenica da se isplaćene dividende konačno vraćaju članovima te se zato dividende na razini mirovinskih fondova izuzimaju od poreza, tim se zakonodavstvom zanemaruje da mirovinski fondovi u trećim državama u načelu podliježu istoj obvezi.

67. Komisija smatra da izuzeće njemačkih mirovinskih fondova od poreza na dohodak od kapitala na dividende koje su im isplaćene ima za cilj omogućiti im da stvore dovoljan kapital kako bi pokrili isplaćivanje budućih mirovina. Isplaćene dividende tako su izuzete od poreza na dohodak od kapitala ako će se upotrijebiti za potrebe tehničkih pričuva. Suprotno tomu, nerezidentni mirovinski fond, čak i da dokaže da primljene dividende upotrebljava za oblikovanje pričuva, treba u Njemačkoj konačno platiti porez na dohodak od kapitala po stopi koja je predviđena predmetnom bilateralnom konvencijom o dvostrukom oporezivanju.

33 Vidjeti osobito presude od 22. studenoga 2018., Sofina i dr. (C-575/17, EU:C:2018:943, t. 46.); od 20. rujna 2018., EV (C-685/16, EU:C:2018:743, t. 87.); od 21. lipnja 2018., Fidelity Funds i dr. (C-480/16, EU:C:2018:480, t. 48.) i presudu od 17. rujna 2015., Miljoen i dr. (C-10/14, C-14/14 i C-17/14, EU:C:2015:608, t. 64.).

34 Vidjeti osobito presude od 10. svibnja 2012., Santander Asset Management SGIC i dr. (C-338/11 do C-347/11, EU:C:2012:286, t. 23. i navedena sudska praksa) i od 17. rujna 2015., Miljoen i dr. (C-10/14, C-14/14 i C-17/14, EU:C:2015:608, t. 64.).

35 Vidjeti osobito presude od 20. rujna 2018., EV (C-685/16, EU:C:2018:743, t. 88.); od 21. lipnja 2018., Fidelity Funds i dr. (C-480/16, EU:C:2018:480, t. 50.) i od 2. lipnja 2016., Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, t. 48. i navedena sudska praksa).

36 Presude od 10. svibnja 2012., Santander Asset Management SGIC i dr. (C-338/11 do C-347/11, EU:C:2012:286, t. 28.) i od 2. lipnja 2016., Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, t. 49.)

68. U tom pogledu, podložno provjerama koje treba provesti sud koji je uputio zahtjev, čini mi se da iz spisa podnesenog Sudu proizlazi da je cilj njemačkog zakonodavstva o kojem je riječ u glavnom postupku, koje ima za učinak da se dividende isplaćene rezidentnom mirovinskom fondu djelomično izuzimaju od poreza, jamčiti djelatnost osiguranja mirovinskih fondova putem stvaranja dovoljnog kapitala za pokrivanje budućih mirovinskih obveza. Suprotno tomu, što se tiče dividendi isplaćenih nerezidentnim mirovinskim fondovima, čak i ako će se upotrijebiti za isti cilj, porez na dohodak od kapitala postaje konačan a da se ne primjenjuje takvo djelomično izuzeće<sup>37</sup>. S tog stajališta, smatram da rezidentni i nerezidentni mirovinski fondovi imaju zajedničke ciljeve te stoga treba smatrati da se nalaze u sličnim situacijama.

69. K tomu, u slučaju da sud koji je uputio zahtjev smatra da nacionalno zakonodavstvo o kojem je riječ u glavnom postupku ima za cilj osigurati da rezidentni i nerezidentni mirovinski fondovi koji ulažu u društva sa sjedištem u Njemačkoj snose jednako stvarno porezno opterećenje, osobito s obzirom na činjenicu da se na dividende isplaćene rezidentnim mirovinskim fondovima primjenjuju dva kumulativna poreza (porez na dohodak od kapitala i porez na dobit), dok se na dividende koje primaju nerezidentni mirovinski fondovi primjenjuje samo porez na dohodak od kapitala, iz ustaljene sudske prakse proizlazi da, ako država članica, jednostrano ili ugovorom, podvrgne ne samo rezidentna društva, nego i nerezidentna društva, porezu na dohodak koji prime od rezidentnog društva, položaj tih nerezidentnih društava postaje sličiji položaju rezidentnih društava<sup>38</sup>.

70. Naime, upravo je izvršavanje porezne nadležnosti te države ono koje, neovisno o svakom oporezivanju u drugoj državi članici, uključuje rizik od lančanog oporezivanja ili ekonomskog dvostrukoga oporezivanja. U takvom slučaju, kako se nerezidentna društva koja su primatelji dividende ne bi suočila s ograničenjem slobodnog kretanja kapitala, u načelu zabranjenim člankom 63. UFEU-a, država članica u kojoj je društvo koje isplaćuje dividende rezidentno treba paziti na to da, s obzirom na sustav predviđen njezinim nacionalnim pravom za sprečavanje ili ublažavanje lančanog oporezivanja ili ekonomskog dvostrukoga oporezivanja, nerezidentna društva imaju tretman jednak onome rezidentnih društava<sup>39</sup>.

71. U ovom slučaju, budući da je Njemačka odlučila izvršavati svoju poreznu nadležnost nad dohotkom koji ostvaruju nerezidentni mirovinski fondovi, oni se stoga, što se tiče rizika od ekonomskog dvostrukog oporezivanja dividendi koje su isplatila društva rezidentna u Njemačkoj, nalaze u položaju usporedivom s onim mirovinskih fondova rezidentnih u Njemačkoj<sup>40</sup>.

## 2) Navodna primjena različitih tehnika oporezivanja

72. Njemačka vlada tvrdi da se rezidentni i nerezidentni mirovinski fondovi ne nalaze u objektivno usporedivim situacijama jer se na dvije kategorije mirovinskih fondova primjenjuju različite tehnike oporezivanja u smislu presude Truck Center<sup>41</sup>.

73. U tom pogledu napominjem da iz točaka 41. i 46. te presude proizlazi da se razlika u tretmanu, koja se sastoji od primjene različitih tehnika ili načina ubiranja poreza ovisno o rezidentnosti društva koje prima predmetni dohodak, odnosi na situacije koje nisu objektivno usporedive.

37 Vidjeti po analogiji presudu od 2. lipnja 2016., Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, t. 50.).

38 Vidjeti u tom smislu presude od 21. lipnja 2018., Fidelity Funds i dr. (C-480/16, EU:C:2018:480, t. 54.); od 25. listopada 2012., Komisija/Belgija (C-387/11, EU:C:2012:670, t. 49. i navedena sudska praksa) i od 14. prosinca 2006., Denkavit Internationaal i Denkavit France (C-170/05, EU:C:2006:783, t. 35.).

39 Vidjeti po analogiji presudu od 21. lipnja 2018., Fidelity Funds i dr. (C-480/16, EU:C:2018:480, t. 55. i navedena sudska praksa)..

40 Vidjeti po analogiji presude od 20. listopada 2011., Komisija/Njemačka (C-284/09, EU:C:2011:670, t. 58.) i od 10. svibnja 2012., Santander Asset Management SGIIC i dr. (C-338/11 do C-347/11, EU:C:2012:286, t. 42.).

41 Presuda od 22. prosinca 2008., Truck Center (C-282/07, EU:C:2008:762)

74. U ovom slučaju predlažem Sudu da ne primijeni sudsku praksu iz navedene presude Truck Center iz sljedećih razloga. Kao prvo, na tu se presudu vlade država članica često pozivaju kada brane nacionalna zakonodavstva koja imaju za učinak različiti tretman u usporedivim situacijama prema rezidentnim i nerezidentnim poreznim obveznicima<sup>42</sup>. Međutim, ta je presuda, prema mojem saznanju, potvrđena samo jedanput<sup>43</sup>. Sud je nedavno, ponovno, smanjio doseg te sudske prakse, pri čemu je pojasnio da se ta sudska praksa odnosi samo na načine naplate poreza, koji se razlikuju ovisno o rezidentnosti društva kojem se isplaćuju dividende nacionalnog podrijetla<sup>44</sup>.

75. Kao drugo, napominjem da su tu sudsku praksu oštro kritizirali pravni teoretičari<sup>45</sup> te se pri njezinoj primjeni mogu pojaviti samo poteškoće<sup>46</sup>.

76. U tom pogledu, čini mi se da se kriterij koji se odnosi na primjenu različitih tehnika oporezivanja, kako bi se utvrdila usporedivost situacija između rezidentnog i nerezidentnog poreznog obveznika, temelji na tautološkom rasuđivanju. Naime, u pravilu se na rezidente i nerezidente primjenjuju različite tehnike oporezivanja. Tom je presudom samo potvrđeno da se situacije razlikuju jer se rezidentni porezni obveznici razlikuju od nerezidentnih poreznih obveznika<sup>47</sup>. Stoga, u glavnom predmetu, rezidentni mirovinski fondovi imaju „neograničenu poreznu obvezu”<sup>48</sup>, dok dohoci stranih mirovinskih fondova imaju tek „ograničenu” poreznu obvezu koja se odnosi samo na dohotke koji su ostvareni u Njemačkoj<sup>49</sup>. Prema mojem mišljenju, različite tehnike oporezivanja samo odražavaju tu razliku. Međutim, to ne znači da predmetno nacionalno zakonodavstvo automatski nije obuhvaćeno područjem primjene slobodnog kretanja kapitala.

77. Prema tome, predlažem Sudu da u ovom predmetu ne primijeni sudsku praksu iz presude Truck Center<sup>50</sup>. Naime, Sud bi mogao smatrati da se predmetno nacionalno zakonodavstvo odnosi samo na načine naplate poreza, nego da rezidentnim mirovinskim fondovima daje znatnu poreznu pogodnost koja nije dodijeljena nerezidentnim mirovinskim fondovima<sup>51</sup>. Čini mi se da to rješenje proizlazi i iz novije presude N Luxembourg 1 i dr. u kojoj je Sud smatrao da primjena znatno kasnijeg dospjeća od dospjeća poreza po odbitku u slučaju plaćanja kamata od strane rezidentnog društva nerezidentnom društvu predstavlja pogodnost, tako da se ne primjenjuje presuda Truck Center<sup>52</sup>.

42 Vidjeti osobito presude od 26. veljače 2019., N Luxembourg 1 i dr. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 i C-299/16, EU:C:2019:134, t. 163.); od 22. studenoga 2018., Sofina i dr. (C-575/17, EU:C:2018:943, t. 48.); od 17. rujna 2015., Miljoen i dr. (C-10/14, C-14/14 i C-17/14, EU:C:2015:608); od 19. lipnja 2014., Strojírny Prostějov i ACO Industries Tábor (C-53/13 i C-80/13, EU:C:2014:2011); od 12. srpnja 2012., Komisija/Španjolska (C-269/09, EU:C:2012:439); od 10. svibnja 2012., Santander Asset Management SGIC i dr. (C-338/11 do C-347/11, EU:C:2012:286); od 1. srpnja 2010., Dijkman i Dijkman-Lavaleije (C-233/09, EU:C:2010:397) i od 3. lipnja 2010., Komisija/Španjolska (C-487/08, EU:C:2010:310).

43 Presuda od 18. listopada 2012., X (C-498/10, EU:C:2012:635, t. 26.)

44 Presuda od 22. studenoga 2018., Sofina i dr. (C-575/17, EU:C:2018:943, t. 52.)

45 Vidjeti Beretta, G., „The Brisal and KBC Finance Decision: Once Again the CJEU Assesses the Compatibility with EU Law of Gross Withholding Taxation of Non-residents”, *EC Tax Review*, 2007., str. 193. do 200.; Lang, M., „Recent Case Law of the ECJ in Direct Taxation: Trends, Tensions, and Contradictions”, *EC Tax Review*, 2009., str. 100. do 101.; *CFE ECJ Task Force*, „Comment by the CFE Task Force on ECJ Cases on the Judgment in Belgium SPF Finance v. Truck Center SA”, br. 158 i De Broe, L., Bammens, N., „Truck Center Belgian Withholding Tax on Interest Payments to Non-resident Companies Does Not Violate EC Law: A Critical Look at the ECJ’s Judgment in Truck Center”, *EC Tax Review*, 2009., str. 131. do 137.

46 Predmet u kojem je donesena presuda od 13. srpnja 2016., Brisal i KBC Finance Ireland (C-18/15, EU:C:2016:549) dobar je primjer toga. U tom predmetu, Tribunal Administrativo e Fiscal de Sintra (Upravni i porezni sud u Sintri, Portugal) primijenio je presudu od 22. prosinca 2008., Truck Center (C-282/07, EU:C:2008:762), iako je u svojem zahtjevu za prethodnu odluku Vrhovni ustavni sud smatrao da se ne treba pozvati na tu presudu.

47 *CFE ECJ Task Force*, „Comment by the CFE Task Force on ECJ Cases on the Judgment in Belgium SPF Finance v. Truck Center SA”, br. 158, t. 18.

48 U skladu s člankom 1. stavkom 1. točkom 1. KStG-a

49 U skladu s člankom 8. stavkom 1. KStG-a u vezi s člankom 49. stavkom 1. točkom 5.a EStG-a i člankom 20. stavkom 1. točkom 1. EStG-a

50 Presuda od 22. prosinca 2008. (C-282/07, EU:C:2008:762)

51 Vidjeti po analogiji presudu od 17. rujna 2015., Miljoen i dr. (C-10/14, C-14/14 i C-17/14, EU:C:2015:608, t. 53.).

52 Vidjeti u tom pogledu presudu od 26. veljače 2019., N Luxembourg 1 i dr. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 i C-299/16, EU:C:2019:134, t. 164. i 165.).

### 3) Uzimanje u obzir troškova izravno povezanih s primitkom dividendi

78. Porezna uprava u Münchenu i njemačka vlada u svojim pisanim očitovanjima tvrde da ne postoji izravna veza između, s jedne strane, primitka dohotka od dividendi i, s druge strane, oblikovanja matematičkih pričuva i drugih tehničkih pričuva, tako da predmetne situacije nisu usporedive.

79. U tom pogledu, prema ustaljenoj sudskoj praksi, rezidentni i nerezidentni porezni obveznici nalaze se u usporedivoj situaciji u pogledu troškova koji su izravno povezani s djelatnošću kojom se ostvaruje oporeziva dobit<sup>53</sup>. U tom je smislu Sud presudio da se, ako metoda oporezivanja koja se primjenjuje na rezidente dopušta odbijanje troškova izravno povezanih s naplatom dividendi, „uzimanje u obzir takvih troškova [...] također treba priznati i za nerezident[e] [...]”<sup>54</sup>.

80. Međutim, smatram da ta sudska praksa nije relevantna za ovaj predmet iz dva razloga. S jedne strane, navedena sudska praksa odnosi se na troškove koji su izravno povezani s ostvarivanjem prihoda<sup>55</sup>. U ovom slučaju, čini mi se da očitim da se pričuve koje oblikuju mirovinski fondovi ne mogu smatrati „troškovima povezanim s ostvarivanjem prihoda”. S druge strane, sudska praksa u pogledu uzimanja u obzir troškova izravno povezanih s primitkom dividendi primjenjuje se samo na slučajeve u kojima se dodjela porezne pogodnosti, odnosno izuzeće od poreza po odbitku ili odbijanje tog poreza, odnosi na utvrđivanje porezne osnovice i, osobito, u obliku troškova u poreznoj bilanci, što ovdje nije slučaj. Naime, čini mi se da, u ovom predmetu, ograničenje slobodnog kretanja kapitala ne proizlazi iz odbijanja pričuva u okviru utvrđivanja takve osnovice, nego iz cjelovitog uračunavanja koje se provodi nakon tog utvrđivanja. Stoga predlažem Sudu da presudi da ta sudska praksa nije relevantna za porezni sustav kojim se predviđa predmetno cjelovito uračunavanje.

81. Ako Sud ipak odluči ispitati postojanje veze između oblikovanja pričuva i primitka dohotka od dividendi, smatram da se takva veza može utvrditi samo za dio pričuva koji izravno proizlazi iz primitka dividendi. Naime, prema sudskoj praksi Suda, stoga su u izravnoj vezi s djelatnošću kojom su ostvareni oporezivi dohoci troškovi koji su nastali tom djelatnošću i koji su, dakle, nužni za njezino obavljanje<sup>56</sup>. U ovom slučaju, djelatnost kojom su ostvareni dohoci jest primitak dividendi te su troškovi koji su nastali tom djelatnošću troškovi povezani s primitkom tih dividendi. Pričuve čine trošak povezan s djelatnošću osiguranja.

82. U tom pogledu, kao što je u biti tvrdila njemačka vlada, pričuve treba oblikovati neovisno o tome jesu li prihodi dohoci od dividendi ili doprinosi koje plaćaju članovi. Naime, samo postojanje pričuva povezano je s djelatnošću osiguranja i pričuve trebaju omogućiti ispunjavanje obveza koje mirovinski fondovi imaju u pogledu isplate budućih primanja. Pričuve nastaju zbog preuzetih mirovinskih obveza, a ne zbog količine ostvarenog dohotka. Naprotiv, kada mirovinski fond ne ostvaruje dobit od ulaganja, on je ipak obvezan, na temelju nacionalnog prava, oblikovati pričuve kako bi ispunio svoje obveze. Po

53 Presude od 12. lipnja 2003., Gerritse (C-234/01, EU:C:2003:340); od 3. listopada 2006., FKP Scorpio Konzertproduktionen (C-290/04, EU:C:2006:630) i od 15. veljače 2007., Centro Equestre da Lezíria Grande (C-345/04, EU:C:2007:96)

54 Presuda od 2. lipnja 2016., Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, t. 65.)

55 U točki 20. presude od 22. studenoga 2012., Komisija/Njemačka (C-600/10, neobjavljena, EU:C:2012:737), koja se odnosi na njemačko zakonodavstvo o odbijanju troškova poslovanja povezanih s primitkom dividendi i kamata ostvarenih u Njemačkoj, Sud je upravo istaknuo da „Komisija nije podnijela elemente kojima bi se moglo dokazati da su [bankovni troškovi i slični transakcijski rashodi], iako ovisno o slučaju mogu biti izravno povezani s iznosom plaćenim povodom transakcije prijenosa vrijednosnih papira [...], također i nužno izravno povezani sa samim ostvarivanjem dohotka u obliku dividendi ili kamata”.

56 Vidjeti osobito presudu od 6. prosinca 2018., Montag (C-480/17, EU:C:2018:987, t. 33. i navedena sudska praksa).

analogiji, što se tiče sustava pričuva institucija za strukovno mirovinsko osiguranje i životno osiguranje, zakonodavac Unije priznaje važnost pričuva, ali ipak državama članicama ostavlja veliku marginu prosudbe u pogledu metoda njihova utvrđivanja<sup>57</sup>. Prema tome, smatram da pričuve mirovinskih fondova u načelu nisu izravno povezane s primljenim dividendama.

83. Uostalom, osobito se slažem s argumentom Porezne uprave u Münchenu koji se temelji na nacionalnoj sudskoj praksi u pogledu društva za zdravstveno osiguranje. Prema toj sudskoj praksi, što se tiče rashoda od raspodjele sredstava u matematičke i druge pričuve, ne postoji uzročna veza između tih rashoda i dobiti od ulaganja, koja je prije svega povezana s djelatnošću osiguranja na državnom području. Obveza oblikovanja matematičkih pričuva, kao i drugih tehničkih pričuva, proizlazi iz svojstva društva za osiguranje. Iako se ta presuda odnosi na društva za zdravstveno osiguranje, ne vidim nijedan razlog iz kojeg bi situacija mirovinskih fondova bila drukčija. Stoga sam sklon smatrati da bi se taj pristup mogao po analogiji primijeniti na ovaj predmet<sup>58</sup>.

84. Prema tome, čini mi se da se teško može tvrditi da uzimanje u obzir pričuva mirovinskih fondova samo po sebi može predstavljati ograničenje slobodnog kretanja kapitala.

85. CPP tvrdi da, ako se dividende upotrebljavaju za pričuve, one dovode do povećanja tih pričuva koje pak smanjuju oporezivi dohodak. U tom pogledu, kao što sam iznio u točkama 18. i 19. ovog mišljenja, iz zahtjeva za prethodnu odluku proizlazi da računovodstva i neračunovodstvena ulaganja, osim preostalih 10 %, povećavaju pričuve. Stoga mi se čini mogućim da dio tih pričuva proizlazi iz same isplate dividendi. Međutim, prema mojem mišljenju, Sud ne može utvrditi koliki je to dio u nacionalnom sustavu. To je utvrđivanje stoga dužan provesti sud koji je uputio zahtjev, koji među ostalim treba odrediti koji je dio tih pričuva „izravno povezan” s primitkom dividendi. U svakom slučaju, iz tog utvrđivanja treba izuzeti pričuve koje uopće nisu povezane s primitkom dividendi.

86. Zaključno, nacionalno zakonodavstvo o kojem je riječ u glavnom predmetu ne može se, prema mojem mišljenju, zadržati jer se primjenjuje na objektivno različite situacije. Stoga valja ispitati može li se taj propis opravdati važnim razlogom u općem interesu.

#### ***b) Postojanje važnog razloga u općem interesu***

87. Prema mišljenju suda koji je uputio zahtjev, razlika u tretmanu koja proizlazi iz njemačkog zakonodavstva nije opravdana ni načelom teritorijalnosti ni potrebom da se zajamči usklađenosti poreznog sustava ni nastojanjem da se osigura uravnotežena raspodjela ovlasti za oporezivanje među državama članicama ni učinkovitošću poreznog nadzora.

<sup>57</sup> Stoga se, s jedne strane, u uvodnoj izjavi 26. Direktive 2003/41/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 3. lipnja 2003. o djelatnostima i nadzoru institucija za strukovno mirovinsko osiguranje (SL 2003., L 235, str. 10.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 5., svezak 8., str. 92.) navodi da je „[i]zračun tehničkih pričuva u skladu s načelom razboritosti [...] temeljni uvjet kako bi se osiguralo ispunjavanje obveze isplate mirovina” i da bi „[n]ajviše kamatne stope trebale [...] biti odabrane u skladu s načelom razboritosti i mjerodavnim nacionalnim pravilima”. U skladu s uvodnom izjavom 27. te direktive, države članice trebale bi imati mogućnost zahtijevati da izračun tehničkih pričuva podliježe dodatnim i detaljnijim pravilima od onih predviđenih navedenom direktivom. S druge strane, u području životnog osiguranja, na temelju uvodnih izjava 35. i 36. Direktive 2002/83/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 5. studenoga 2002. o životnom osiguranju (SL 2002., L 345, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 10., str. 102.), „[s]a stajališta zaštite osiguranika potrebno je da svako društvo za osiguranje oblikuje odgovarajuće tehničke pričuve” te se, u pogledu ograničenja kamatne stope koja se koristi kod izračuna tehničkih pričuva, „čini [...] primjerenim ostaviti državama članicama slobodu izbora metode koju će koristiti”. Direktivom 2009/138/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 25. studenoga 2009. o osnivanju i obavljanju djelatnosti osiguranja i reosiguranja (Solventnost II) (SL 2009., L 335, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 10., str. 153.), koja zamjenjuje Direktivu 2002/83/EZ predviđaju se slična načela.

<sup>58</sup> Presuda od 6. travnja 2016. (br. I R 61/14) Bundesfinanzhofa (Savezni financijski sud, Njemačka)



88. Točno je da se, prema ustaljenoj sudskoj praksi, ta opravdanja mogu prihvatiti kao legitimni ciljevi koje priznaje Sud<sup>59</sup>. Međutim, u ovom slučaju, smatram da se razlika u tretmanu između rezidentnih i nerezidentnih mirovinskih fondova ne može opravdati nijednim od navedenih ciljeva. Budući da zainteresirane stranke o tome nisu raspravljale, to pitanje nije potrebno detaljnije razmotriti u okviru ovog mišljenja.

89. S obzirom na prethodno navedeno, smatram da se ograničenje slobodnog kretanja kapitala koje proizlazi iz njemačkog zakonodavstva, kojim se samo nerezidentima uskraćuje mogućnost odbijanja troškova izravno povezanih s primitkom dividendi, ne može opravdati ni time da predmetne situacije nisu usporedive ni važnim razlogom u općem interesu.

## B. Drugo prethodno pitanje

90. Svojim drugim pitanjem, sud koji je uputio zahtjev pita može li ograničenje koje proizlazi iz konačne primjene poreza po odbitku na dividende koje primaju nerezidentni mirovinski fondovi, dok su njemački mirovinski fondovi u načelu djelomično izuzeti od tog poreza, biti dopušteno u skladu s člankom 64. stavkom 1. UFEU-a.

91. Prema članku 64. stavku 1. UFEU-a, država članica može u odnosima s trećim državama primjenjivati ograničenja kretanja kapitala koja su obuhvaćena materijalnim područjem primjene te odredbe, čak i ako su protivna načelu slobodnog kretanja kapitala iz članka 63. stavka 1. UFEU-a, pod uvjetom da su već postojala na dan 31. prosinca 1993.<sup>60</sup>

92. Stoga se člankom 64. stavkom 1. UFEU-a određuje da „[o]dredbe članka 63. ne dovode u pitanje primjenu onih ograničenja prema trećim zemljama koja prema nacionalnom pravu ili pravu Unije postoje na dan 31. prosinca 1993. godine, usvojenih u odnosu na kretanje kapitala u treće zemlje ili iz njih, koje obuhvaća izravna ulaganja, uključujući ulaganja u nekretnine, u odnosu na poslovni nastan, pružanje financijskih usluga ili uvrštenje vrijednosnih papira na tržišta kapitala”. Važno je ispitati ispunjava li predmetno njemačko zakonodavstvo oba kumulativna kriterija iz te odredbe, odnosno vremenski i materijalni kriterij.

93. Kao prvo, što se tiče vremenskog područja primjene članka 64. stavka 1. UFEU-a, iz zahtjeva za prethodnu odluku proizlazi da je njemačka odredba koja se odnosi na učinak pokrića poreza po odbitku za strane mirovinske fondove i kojom se omogućuje cjelovito uračunavanje poreza na dohodak od kapitala u porez na dobit, odnosno članak 32. stavak 1. točka 2. KStG-a, jednaka, u pogledu teksta i učinaka, verziji koja je bila na snazi na dan 31. prosinca 1993.

94. U tom pogledu, smatram da je, kako bi se utvrdilo postoji li predmetno ograničenje od tog datuma, sama bit poreznog mehanizma koji je doveo do ograničenja trebala trajati od navedenog datuma. S tog stajališta, čini se da je u glavnom predmetu vremenski kriterij ispunjen.

95. Naime, kao prvo, sud koji je uputio zahtjev naglašava da se „postupak uračunavanja u porez na dobit na dan 31. prosinca 1993. primjenjivao na porezne obveznike koji imaju neograničenu poreznu obvezu”. Kao drugo, čini mi se da činjenica da se porezna stopa mijenjala od tog datuma ne znači da se promijenila sama bit poreznog mehanizma. Kao treće, smatram da nije važna činjenica da je njemački zakonodavac tek 2002. priznao postojanje njemačkih mirovinskih fondova, time što je za njih predvidio posebna pravila. Naime, činjenica da se područje primjene *ratione personae* navedenog poreznog mehanizma promijenilo, odnosno da se povećao ili smanjio broj poreznih obveznika na koje

<sup>59</sup> Vidjeti osobito presudu od 12. srpnja 2012., Komisija/Španjolska (C-269/09, EU:C:2012:439, t. 63. do 90. i navedena sudska praksa).

<sup>60</sup> Vidjeti u tom smislu presude od 12. prosinca 2006., Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, EU:C:2006:774, t. 187.); od 24. svibnja 2007., Holböck (C-157/05, EU:C:2007:297, t. 39.); od 24. studenoga 2016., SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, t. 86.) i od 26. veljače 2019., X (Društva posrednici sa sjedištem u trećim zemljama, C-135/17, EU:C:2019:136, t. 27.).

se primjenjuje navedeni mehanizam, nije važna za utvrđivanje je li se primijenila sama bit poreznog mehanizma. Prema tome, u glavnom predmetu, smatram da se sama bit predmetnog poreznog mehanizma koji je doveo do ograničenja, kao što proizlazi iz zahtjeva za prethodnu odluku, nije promijenila od 31. prosinca 1993.

96. Kao drugo, što se tiče materijalnog područja primjene članka 64. stavka 1. UFEU-a, u presudi X (Društva posrednici sa sjedištem u trećim zemljama)<sup>61</sup>, Sud je nedavno podsjetio na to da iz samog njezina teksta proizlazi da, iako ograničenje kretanja kapitala u treće zemlje ili iz njih, koje obuhvaća izravna ulaganja, potpada pod materijalno područje primjene te klauzule, portfeljna se ulaganja ne nalaze među kretanjima kapitala na koje se ona odnosi. Budući da se glavni predmet odnosi na portfeljna ulaganja<sup>62</sup>, potonja ulaganja ne mogu biti obuhvaćena pojmom „izravna ulaganja” u smislu te odredbe.

97. Također se postavlja pitanje može li situacija o kojoj je riječ u glavnom postupku biti „kretanje kapitala [...] koje obuhvaća [...] pružanje financijskih usluga”, u smislu članka 64. stavka 1. UFEU-a.

98. U tom pogledu, valja istaknuti da je odlučujući kriterij za primjenu članka 64. stavka 1. UFEU-a uzročno-posljedična veza koja postoji između kretanja kapitala i pružanja financijskih usluga, a ne područje primjene *ratione personae* sporne nacionalne mjere ili njezin odnos prema pružatelju umjesto prema primatelju takvih usluga<sup>63</sup>. Naime, područje primjene te odredbe definirano je navođenjem kategorija kretanja kapitala koja mogu podlijegati ograničenjima<sup>64</sup>.

99. K tomu, smatram da izraz „kretanje kapitala [...] koje obuhvaća [...] pružanje financijskih usluga”, u smislu članka 64. stavka 1. UFEU-a, treba usko tumačiti na način da se odnosi na mjeru ograničavanja u pogledu kretanja kapitala koja uključuju pružanja usluga, a ne na same pružene usluge. Naime, kao što je nezavisni odvjetnik P. Mengozzi naglasio u svojem mišljenju u predmetu Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company, ta odredba u svojem tekstu upućuje na kretanje kapitala „koje obuhvaća”, odnosno uključuje pružanje financijskih usluga<sup>65</sup>.

100. U ovom slučaju, predmetna kategorija kretanja kapitala jest isplata dividendi mirovinskim fondovima. Kada mirovinski fond prima dividende smatram da između kretanja kapitala i pružanja financijskih usluga ne postoji uzročno-posljedična veza u slučaju kada ulagač koji želi diversificirati svoju imovinu i bolje raspodijeliti rizike izravno stječe udjele. Kao što je naglasila Komisija, stjecanja udjela mirovinskog fonda i dividende koje prima u tom pogledu najprije služe za održavanje imovine povećanom diversifikacijom i boljom raspodjelom rizika, kao i pričuve koje oblikuje, kako bi ispunio mirovinske obveze prema svojim članovima.

101. Naposljetku, predmetno ograničenje proizlazi iz primjene mehanizma cjelovitog uračunavanja koje se odnosi na oporezivanje dividendi koje primaju rezidentni mirovinski fondovi i koje se ne može primijeniti na nerezidentne mirovinske fondove. Međutim, navedeno ograničenje ne odnosi se na kretanja kapitala povezana s financijskim uslugama koje mirovinski fond pruža svojim članovima.

102. Prema tome, smatram da se klauzula *standstill* predviđena u članku 64. stavku 1. UFEU-a ne primjenjuje na ograničenje predviđeno njemačkim zakonodavstvom o kojem je riječ u glavnom predmetu.

61 Presuda od 26. veljače 2019. (C-135/17, EU:C:2019:136, t. 28.)

62 Točka 40. ovog mišljenja

63 Vidjeti u tom smislu presudu od 21. svibnja 2015., Wagner-Raith (C-560/13, EU:C:2015:347, t. 39., 43. do 45.), u kojoj je Sud presudio da se nacionalna mjera mora odnositi na kretanja kapitala koja su usko povezana s pružanjem financijskih usluga i, da bi postojala dovoljno uska povezanost, da nužno mora postojati uzročno-posljedična veza između kretanja kapitala i pružanja financijskih usluga.

64 Presuda od 15. veljače 2017., X (C-317/15, EU:C:2017:119, t. 33. i navedena sudska praksa)

65 Vidjeti općenito mišljenje nezavisnog odvjetnika P. Mengozzija od 6. studenoga 2013. u predmetu Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2013:710, t. 73. do 80.).

## V. Zaključak

103. S obzirom na prethodna razmatranja, predlažem Sudu da na prethodna pitanja koja je uputio Finanzgericht München (Financijski sud u Münchenu, Njemačka) odgovori na sljedeći način:

1. Članke 63. i 65. UFEU-a treba tumačiti na način da im se protivi zakonodavstvo države članice kojim se dividende koje rezidentno društvo isplaćuje rezidentnim i nerezidentnim mirovinskim fondovima oporezuju po odbitku, pri čemu mehanizam cjelovitog uračunavanja poreza na dobit predviđa samo za rezidentne mirovinske fondove i stoga ima za učinak da se te dividende djelomično izuzimaju od bilo kakvog poreznog opterećenja, dok za nerezidentne mirovinske fondove taj porez predstavlja konačan porez ako je stvarno porezno opterećenje u pogledu tih dividendi koje u toj državi snose nerezidentni mirovinski fondovi teže od poreznog opterećenja koje snose rezidentni mirovinski fondovi, što je u glavnom predmetu dužan provjeriti sud koji je uputio zahtjev.
2. Članak 64. stavak 1. UFEU-a treba tumačiti na način da nacionalno zakonodavstvo, kao što je ono o kojem je riječ u glavnom predmetu, koje nije bitno izmijenjeno od 31. prosinca 1993. i kojim se predviđa cjelovito uračunavanje poreza na dohodak od kapitala u porez na dobit, nije obuhvaćeno pružanjem financijskih usluga, u smislu te odredbe.