



# Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNE ODVJETNICE  
JULIANE KOKOTT  
od 6. svibnja 2021.<sup>1</sup>

**Predmet C-545/19**

**Allianzgi-Fonds Aevn  
protiv  
Autoridade Tributária e Aduaneira**

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Tribunal Arbitral Tributário (Centro de Arbitragem Administrativa – CAAD) (Arbitražni porezni sud (Centar za upravnu arbitražu), Portugal)

„Zahtjev za prethodnu odluku – Zakonodavstvo o izravnom oporezivanju i temeljne slobode – Slobodno kretanje kapitala – Oporezivanje dividendi koje su primili subjekti za zajednička ulaganja – Različito postupanje prema rezidentnim i nerezidentnim subjektima za zajednička ulaganja – Diskriminacija primjenom druge metode oporezivanja – Usporedivost u okviru slobodnog kretanja kapitala – Opravdanje različitih sustava oporezivanja – Osiguravanje minimalne razine oporezivanja u državi rezidentnosti – Proporcionalnost druge metode oporezivanja”

## I. Uvod

1. Nalaže li se slobodnim kretanjem kapitala državi članici da nerezidentne i rezidentne ulagačke instrumente oporezuje prema istom poreznom sustavu? To je pitanje na koje Sud u ovom predmetu treba odgovoriti. Naime, Portugal je u izvršavanju svoje porezne autonomije odlučio na nerezidentne ulagačke instrumente primijeniti uobičajeni način oporezivanja dohodaka od kapitala tako da porez na dobit naplati porezom po odbitku u slučajevima kad subjekti u državi rezidentnosti ne podliježu porezu na dobit ili podliježu niskoj stopi poreza na dobit.

2. Suprotno tomu, rezidentni ulagački instrumenti oporezuju se u skladu s drugim načelom poreznog sustava (Portugal to opisuje kao određenu vrstu izlaznog oporezivanja). Oni se oporezuju svaka tri mjeseca takozvanom administrativnom pristojbom koja se plaća na cjelokupnu neto imovinu (te stoga i na akumulirane prihode od dividendi) ulagačkog instrumenta. Zbog toga ti prihodi od dividendi ne podliježu porezu na dobit (ni u okviru naplate poreza po odbitku). Portugalski porez na dobit primjenjuje se tek u trenutku isplate ulagaču, na njegovoj razini.

3. Stoga je točno da Portugal nerezidentne i rezidentne ulagačke instrumente oporezuje u jednakoj mjeri, ali na različit način. To sigurno podrazumijeva i razlike u poreznom opterećenju u jednom ili drugom smjeru. Ako se ulagačkom instrumentu ne raspodjeljuju dividende, porezno

<sup>1</sup> Izvorni jezik: njemački

opterećenje tuzemnog ulagačkog instrumenta znatno je veće. Ako se ulagačkom instrumentu raspodjeljuju dividende, situacija već može izgledati drukčije. Međutim, to vrijedi samo ako se porezni nerezident u državi rezidentnosti ne oporezuje ili se oporezuje niskom poreznom stopom.

4. Budući da se temeljnim slobodama u poreznom pravu zabranjuje „samo” diskriminacija u pogledu prekogranične situacije, u ovom slučaju treba usporediti oporezivanje rezidentnih i nerezidentnih ulagačkih instrumenata. Usklađivanje na području poreza na dobit u tom bi pogledu bilo korisno, ali ono za sad još uvijek nije provedeno. Stoga se postavlja pitanje može li u ovom slučaju sloboda kretanja kapitala dovesti do rješenja ili su, zbog neusporedivosti situacija, također mogući različiti sustavi oporezivanja ovisno o rezidentnosti i državi članici te hoće li se stoga u pravu Unije morati prihvatiti određena nejednakost poreznog opterećenja.

## II. Pravni okvir

### A. Pravo Unije

5. Relevantne odredbe prava Unije proizlaze iz UFEU-a. Pritom posebnu važnost ima slobodno kretanje kapitala predviđeno člancima 63. i 65. UFEU-a.

6. Članak 65. stavak 1. točka (a) i članak 65. stavak 3. UFEU-a glase kako slijedi:

„1. Odredbe članka 63. ne dovode u pitanje pravo država članica:

(a) 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; [...]

3. Mjere i postupci iz stavaka 1. i 2. ne smiju biti sredstvo proizvoljne diskriminacije ili prikrivenog ograničenja slobodnog kretanja kapitala i platnog prometa kako je utvrđeno u članku 63.”

### B. Pravo koje proizlazi iz međunarodnih ugovora

7. Člankom 10. Doppelbesteuerungsabkommens (Ugovor o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja; u daljnjem tekstu: UIDO) između Portugalske Republike i Savezne Republike Njemačke određuje se koja država ima pravo na oporezivanje primatelja dividendi:

„1. Dividende koje društvo rezident države ugovornice isplati rezidentu druge države ugovornice mogu se oporezivati u toj drugoj državi.

2. Međutim, takve dividende mogu se oporezivati i u državi ugovornici čiji je rezident društvo koje plaća dividende, i to prema zakonima te države, ali ako je stvarni primatelj ovlašten korisnik dividendi, tada porez ne smije biti veći od 15 % od bruto iznosa dividendi. Nadležna tijela država ugovornica sporazumno utvrđuju način provedbe te odredbe o ograničenju. Odredbe ovog stavka ne utječu na oporezivanje dobiti društva u odnosu na prihode korištene za isplatu dividendi.”

## C. Portugalsko pravo

8. Prema podacima suda koji je uputio zahtjev, u spornim je godinama portugalsko pravo glasilo kako slijedi:

9. Dividende koje subjekt sa sjedištem u Portugalu isplaćuje drugom subjektu u tuzemstvu ili inozemstvu Portugal u načelu oporezuje kao dohotke od kapitala na ime poreza na dobit po stopi od 25 % u skladu sa Zakonikom o porezu na dobit<sup>2</sup>. Taj porez na dobit Portugalskoj Državi kroz porez po odbitku plaća društvo koje raspodjeljuje dividende.

10. Međutim, u skladu s člankom 14. stavkom 3. Zakonika o porezu na dobit, dividende isplaćene inozemnim ulagačima koji su po svojem pravnom obliku pravne osobe privatnog prava u načelu su izuzete od poreza na dobit u državi podrijetla dividendi, Portugalu. Iznimka su samo slučajevi kada se dividende u državi rezidentnosti oporezuju po stopi koja je niža od 60 % u odnosu na stopu poreza na dobit koja se primjenjuje u Portugalu.

11. Zakonodavnom uredbom br. 7/2015 od 13. siječnja 2015. izmijenjen je porezni sustav koji se primjenjuje na zajednička ulaganja. Od tada se člankom 22. Zakona o poreznim pogodnostima<sup>3</sup> u pogledu određenih subjekata za zajednička ulaganja u prenosive vrijednosne papire (u daljnjem tekstu: UCITS) predviđa da se dohodci od kapitala oslobode od poreza na dobit. On glasi:

„1. Porezu na dobit podliježu, kako je predviđeno ovim člankom, investicijski fondovi koji ulažu u prenosive vrijednosne papire, investicijski fondovi koji ulažu u nekretnine, društva za ulaganje u prenosive vrijednosne papire i društva za ulaganje u nekretnine koji se osnivaju i posluju u skladu s portugalskim zakonodavstvom. [...]

3. Za potrebe utvrđivanja oporezive dobiti, ne uzimaju se u obzir prihodi na koje se odnose članci 5. [napomena: dohodci od kapitala], 8. [napomena: iznajmljivanje i davanje u zakup] i 10. [napomena: kapitalni dobiti] Zakonika o porezu na dobit<sup>4</sup> [...].

8. Posebne porezne stope predviđene u članku 88. Zakonika o porezu na dobit primjenjuju se, *mutatis mutandis*, u okviru ovog sustava. [...]

12. Člankom 22. stavkom 10. Zakona o poreznim pogodnostima dopunjuje se oslobođenje od poreza na dobit koje se odnosi na dohotke od kapitala tako što mu se dodaje izuzeće od obveze društva koje raspodjeljuje dobit da zadrži porez po odbitku. On glasi:

„Nije potrebno plaćati porez po odbitku na ime poreza na dobit na prihode koje su stekli porezni obveznici navedeni u stavku 1.”

13. Međutim, na temelju članka 88. stavka 11. Zakonika o porezu na dobit, protivno članku 22. stavku 3. Zakona o poreznim pogodnostima, prihodi UCITS-a koji je osnovan i koji posluje u skladu s portugalskim zakonodavstvom pritom se ne oporezuju tijekom prve godine nakon stjecanja udjela. Njime se naime određuje:

„Na poseban način, po poreznoj stopi od 23 %, oporezuju se prihodi koje raspodjeljuju subjekti koji podliježu porezu na dobit poreznim obveznicima koji su oslobođeni poreza, djelomično ili u

<sup>2</sup> Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas.

<sup>3</sup> Estatuto dos Benefícios Fiscais (kako je izmijenjen Decreto-Leijem 7/2015 od 13. siječnja 2015. s učinkom od 1. srpnja 2015.)

<sup>4</sup> Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares

cijelosti, što se u tom slučaju odnosi na prihode od kapitala ako udjele na temelju kojih su takvi prihodi isplaćeni nije neprekinuto držao isti porezni obveznik tijekom godine koja je prethodila datumu njihova stavljanja na prodaju i ako nisu zadržane dovoljno dugo, odnosno do kraja tog razdoblja.”

14. Zakonodavna uredba br. 7/2015 od 13. siječnja 2015. također je dovela do izmjene Códiga do Imposto do Selo (Zakonik o administrativnim pristojbama) i registra administrativnih pristojbi priloženog toj uredbi, koji sadržava odredbe koje se odnose na poreznu osnovicu. Dodavanjem dijela 29. Općeg priloga o administrativnoj pristojbi cjelokupna neto imovina subjekata za zajednička ulaganja koja su obuhvaćena područjem primjene članka 22. Zakona o poreznim pogodnostima oporezuje se po poreznim stopama koje su ondje predviđene.

15. Stoga UCITS koji je osnovan i koji posluje u skladu s portugalskim zakonodavstvom podliježe, od uvođenja članka 22. Zakona o poreznim pogodnostima, proširenom porezu na ovjerene pravne akte (u daljnjem tekstu: administrativna pristojba). Riječ je o porezu koji se naplaćuje tromjesečno po stopi od 0,0125 % neto knjigovodstvene vrijednosti UCITS-a. Pritom se primljene dividende koje još nisu raspodijeljene ulagateljima u UCITS također uključuju u poreznu osnovicu.

### III. Glavni postupak

16. Allianzgi-Fonds Aevn (u daljnjem tekstu: tužitelj) je subjekt za zajednička ulaganja (UCITS) sa sjedištem u Njemačkoj i prima dohotke od kapitala u obliku dividendi koje isplaćuju društva sa sjedištem u Portugalu. UCITS je investicijski fond čiji je pravni okvir definiran Direktivom 2009/65/EZ<sup>5</sup>. Cilj je takvog UCITS-a privatnim ulagačima olakšati sudjelovanje na tržištu vrijednosnih papira.

17. Portugal u načelu izuzima od poreza na dobit dividende isplaćene UCITS-u osnovanom u skladu s portugalskim pravom. Stoga za privatnog ulagača nema razlike kupuje li dionice izravno ili neizravno ulaže u drugo društvo posredstvom UCITS-a. Pritom Portugal dobit koju društva raspodjeljuju rezidentnom UCITS-u, a on dalje svojim ulagateljima, ne oporezuje na razini UCITS-a. Umjesto toga, UCITS osnovan u skladu s portugalskim zakonodavstvom podliježe administrativnoj pristojbi koja se tromjesečno obračunava na preostalu neto knjigovodstvenu vrijednost te obuhvaća i akumulirane prihode od dividendi.

18. Međutim, oslobođenje od poreza na dobit kad je riječ o dohodcima od kapitala koje je ostvario UCITS ne primjenjuje se na tužitelja jer on nije osnovan i ne posluje u skladu s portugalskim zakonodavstvom. To je moguće samo ako ima sjedište ili stalnu poslovnu jedinicu u Portugalu i ako ispunjava određene druge uvjete predviđene portugalskim zakonodavstvom. Stoga tužitelj podliježe općim pravilima Zakonika o porezu na dobit. U skladu s tim, dividende koje su portugalska društva isplatila tužitelju 2015. i 2016. podlijegale su portugalskom porezu na dobit po stopi od 25 %, koji su društva koja raspodjeljuju dobit plaćala u okviru poreza po odbitku i uplatila ga u portugalsku državnu riznicu.

<sup>5</sup> Prvotno Direktiva Vijeća 85/611/EEZ od 20. prosinca 1985. o usklađivanju zakona i drugih propisa u odnosu na subjekte za zajednička ulaganja u prenosive vrijednosne papire, koja je zamijenjena Direktivom 2009/65/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 13. srpnja 2009. o usklađivanju zakona i drugih propisa u odnosu na subjekte za zajednička ulaganja u prenosive vrijednosne papire (UCITS).

19. Međutim, na temelju Ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja sklopljenog između Portugala i Njemačke, Portugal može oporezivati prihode od kapitala UCITS-a rezidentnog u Njemačkoj samo stopom do najviše 15 %. Stoga je Portugal za 2015. na tužiteljev zahtjev vratio dio naplaćenog poreza. Čini se da tužitelj za 2016. nije podnio takav zahtjev.

20. Oslobođenje od poreza na dobit koje je predviđeno portugalskim zakonodavstvom kad je riječ o dividendama koje se isplaćuju subjektima u inozemstvu, u skladu s člankom 14. stavkom 3. Zakonika o porezu na dobit, ne može se primijeniti na porezni tretman UCITS-a u Njemačkoj. Naime, prema navodima suda koji je uputio zahtjev, UCITS sa sjedištem u Njemačkoj ondje je oslobođen i od poreza na dobit.

21. Za razliku od Portugala, Njemačka u spornim poreznim razdobljima UCITS smatra transparentnim „poreznim subjektom”, odnosno ne oporezuje se UCITS, nego izravno ulagatelj. Međutim, to oporezivanje nije ograničeno samo iznosom prihoda koji se raspodjeljuju ulagateljima, nego se provodi u skladu s iznosom UCITS-ove dobiti koja im je pripisana u skladu s udjelima (takozvano transparentno oporezivanje). Konačno, time se također želi postići jednako postupanje s izravnim ulaganjem.

22. Budući da UCITS u Njemačkoj nije obveznik poreza na dobit, ne može mu se uračunati ni portugalski porez na dobit. Umjesto toga, portugalski porez može se razmjerno uračunati samo u odgovarajući porez ulagatelja u skladu s člankom 4. stavkom 2. njemačkog Investmentsteuergesetzes (Zakonik o porezu na ulaganja), u verziji koja je tada bila primjenjiva<sup>6</sup>. Međutim, Sud ne zna jesu li tužiteljevi ulagatelji iskoristili tu mogućnost.

23. Tužitelj je podnio tužbu protiv portugalskih poreznih rješenja na temelju kojih je naplaćen porez po odbitku u okviru poreza na dobit za porezna razdoblja 2015. i 2016. te je zahtijevao poništenje tih rješenja i povrat naplaćenog poreza po odbitku. Nadležno porezno tijelo nije prihvatilo taj zahtjev. Stoga je pokrenut arbitražni postupak pred Centro de Arbitragem Administrativa (Arbitražni porezni sud, Portugal).

#### **IV. Zahtjev za prethodnu odluku i postupak pred Sudom**

24. Odlukom od 9. srpnja 2019. sud koji je uputio zahtjev uputio je Sudu sljedeća prethodna pitanja:

„1. Protivi li se članku 63. UFEU-a koji se odnosi na slobodno kretanje kapitala ili članku 56. UFEU-a koji se odnosi na slobodu pružanja usluga porezni sustav, poput onog o kojem je riječ u glavnom postupku, iz članka 22. Zakona o poreznim pogodnostima, koji propisuje da je obračun poreza po odbitku na dividende koje su raspodijelila portugalska društva i koje su primili subjekti za zajednička ulaganja koji nemaju sjedište u Portugalu i koji su osnovani u

<sup>6</sup> On glasi: „(2) Ako prinosi raspodijeljeni na investicijske udjele i prihodi koji su im istovjetni obuhvaćaju prihode nastale u stranoj državi na koje se u toj državi obračunava porez u skladu s člankom 34.c stavkom 1. Einkommensteuergesetzes (Zakon o porezu na dohodak) ili člankom 26. stavkom 1. Körperschaftsteuergesetzes (Zakon o porezu na dobit) ili ugovorom o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja, koji se uračunava u porez na dohodak ili porez na dobit, kad je riječ o ulagateljima s neograničenom poreznom obvezom, inozemni porez koji je utvrđen, plaćen i umanjen za dobiveni iznos prava na naknadu treba dodati dijelu poreza na dohodak ili poreza na dobit koji se odnosi na te inozemne dohotke uvećane za razmjerni iznos inozemnog poreza. [...]” – Gesetz zur Modernisierung des Investmentwesens und zur Besteuerung von Investmentvermögen (Investmentsteuermodernisierungsgesetz) (Zakon o modernizaciji u području ulaganja i oporezivanju investicijskih fondova (Zakon o modernizaciji u području ulaganja) od 15. prosinca 2003., BGBl. 2003. I str. 2676. i sljedeće.

drugim državama članicama Unije konačan, dok subjekti za zajednička ulaganja osnovani u skladu s portugalskim poreznim zakonodavstvom koji su porezni rezidenti u Portugalu imaju pravo biti oslobođeni od plaćanja poreza po odbitku koji se obračunava na navedene prihode?

2. Budući da se spornim nacionalnim propisom u glavnom postupku određuje porez po odbitku na dividende isplaćene nerezidentnim subjektima za zajednička ulaganja i da mogućnost ostvarivanja oslobođenja od takvog poreza po odbitku imaju samo rezidentni subjekti za zajednička ulaganja, uvodi li se time nepovoljnije postupanje u pogledu dividendi isplaćenih nerezidentnim subjektima za zajednička ulaganja, s obzirom na to da potonji subjekti nemaju nikakvu mogućnost ostvariti navedeno oslobođenje?
  3. Jesu li porezna pravila koja se primjenjuju na članove subjekata za zajednička ulaganja relevantna za ocjenu diskriminirajuće prirode portugalskog propisa koji predviđa poseban i drukčiji porezni tretman
    - i. (rezidentnih) subjekata za zajednička ulaganja, s jedne strane, i,
    - ii. članova subjekata za zajednička ulaganja s druge strane? Ili, s obzirom na to da na porezni sustav rezidentnih subjekata za zajednička ulaganja ni na koji način ne utječe niti ga mijenja činjenica jesu li njihovi članovi rezidenti u Portugalu, kako bi se utvrdilo jesu li situacije usporedive za potrebe ocjene diskriminirajuće prirode navedenog propisa, treba jedino uzeti u obzir oporezivanje koje se primjenjuje na ulagačke instrumente?
  4. Je li dopušteno različito postupanje prema rezidentnim i nerezidentnim subjektima za zajednička ulaganja u Portugalu, s obzirom na to da se rezidentnim fizičkim ili pravnim osobama u Portugalu, koje su članovi (rezidentnih ili nerezidentnih) subjekata za zajednička ulaganja, u oba slučaja, na isti način oporezuju (i uglavnom nisu oslobođene od poreza) prihodi koje im raspodjeljuju subjekti za zajednička ulaganja, iako se nerezidentni članovi oporezuju po višim stopama?
  5. Budući da je diskriminacija koja je predmet ovog spora povezana s različitim oporezivanjem prihoda od dividendi koje rezidentni subjekti za zajednička ulaganja raspodjeljuju svojim članovima, je li zakonito, za potrebe ocjene jesu li situacije oporezivanja prihoda usporedive, uzeti u obzir druge poreze, carinska ili porezna davanja koja se obračunavaju na ulaganja subjekata za zajednička ulaganja? Konkretno, je li zakonito i dopušteno, u svrhu analize usporedivih situacija, uzeti u obzir utjecaj poreza na imovinu, poreza na troškove ili drugih vrsta poreza, a ne isključivo porez na prihode subjekata za zajednička ulaganja, uključujući eventualne posebne poreze?"
25. Nakon što je Sud uputio zahtjev za informacijama, sud koji je uputio zahtjev dostavio je dodatna pojašnjenja kako bi pojasnio porezni položaj rezidentnih i nerezidentnih UCITS-a te njihovih ulagatelja.
26. U postupku pred Sudom, tužitelj, Portugalska Republika i Europska komisija podnijeli su pisana očitovanja o zahtjevu za prethodnu odluku te zatim o pitanjima Suda.

## V. Pravna ocjena

27. Sud koji je uputio zahtjev postavlja pet pitanja o usklađenosti portugalske porezne norme s temeljnim slobodama. U konačnici, sud koji je uputio zahtjev želi utvrditi, u okviru svih postavljenih pitanja, je li oporezivanje UCITS-a osnovanog u skladu s inozemnim pravom, sa sjedištem u drugoj državi članici, u skladu sa slobodnim kretanjem kapitala i slobodom pružanja usluga, ako su, suprotno tomu, UCITS-i osnovani u skladu s portugalskim pravom, sa sjedištem u Portugalu, oslobođeni od poreza na dobit, ali podliježu drugom porezu, a to je administrativna pristojba. Stoga se u skladu Komisijinim stajalištem na sva pitanja može odgovoriti zajedno.

### A. Pojašnjenje pitanja i relevantne temeljne slobode

28. Nacionalni sud postavlja pitanje o povredi slobodnog kretanja kapitala (članak 63. UFEU-a) i slobode pružanja usluga (članak 56. UFEU-a) uslijed oslobođenja od poreza na dobit predviđenog u članku 22. stavku 3. Zakona o poreznim pogodnostima i oslobođenja od poreza po odbitku kad je riječ o dividendama isplaćenim UCITS-ima osnovanim u skladu s portugalskim pravom, sa sjedištem u Portugalu, koje se predviđa člankom 22. stavkom 10.

29. Međutim, ako se pomnije razmotri, dividende isplaćene tužitelju u načelu bi također trebale biti izuzete. To se isključuje samo člankom 14. stavkom 3. Zakona o porezu na dobit ako i zato što tužitelj ne podliježe porezu na dobit u državi rezidentnosti. Stoga različito postupanje ne proizlazi samo iz posebnog poreznog sustava za UCITS-e osnovane u skladu s portugalskim pravom, sa sjedištem u Portugalu, nego i iz članka 14. stavka 3. Zakona o porezu na dobit. Taj zakon očito ima za cilj osigurati minimalnu razinu oporezivanja prihoda od dividendi koje primaju subjekti sa sjedištem u inozemstvu.

30. Pritom najprije valja utvrditi s obzirom na koju temeljnu slobodu treba ispitati tu razliku u postupanju. U slučaju da sud postavlja pitanje o usklađenosti norme s dvjema različitim temeljnim slobodama, najprije treba utvrditi s obzirom na koju se od dviju temeljnih sloboda norma ispituje. Iz ustaljene sudske prakse proizlazi da u tom pogledu u obzir valja uzeti cilj predmetnih propisa<sup>7</sup>.

31. Dok se člankom 22. stavkom 3. Zakona o poreznim pogodnostima rezidentni UCITS oslobađa od poreza na dobit koji se odnosi na isplate dividendi, suprotno tomu, člankom 22. stavkom 10. Zakona o poreznim pogodnostima poduzetnici koji isplaćuju dividende UCITS-u oslobađaju se od obveze da naplaćuju takav porez i da ga uplaćuju u državnu riznicu.

32. Predmetni nacionalni propisi stoga se odnose na porezno opterećenje dividendi, a ne na porezno opterećenje usluga<sup>8</sup>. Stoga članak 22. stavke 3. i 10. Zakona o poreznim pogodnostima i članak 14. stavak 3. Zakonika o porezu na dobit treba ocijeniti s obzirom na slobodno kretanje

<sup>7</sup> Presude od 21. lipnja 2018., Fidelity Funds i dr. (C-480/16, EU:C:2018:480, t. 33.), od 5. veljače 2014., Hervis Sport- és Divatkereskedelmi (C-385/12, EU:C:2014:47, t. 21.) i od 13. studenoga 2012., Test Claimants in the FII Group Litigation (C-35/11, EU:C:2012:707, t. 90.) i navedena sudska praksa

<sup>8</sup> Vidjeti u tom smislu također presude od 21. lipnja 2018., Fidelity Funds i dr. (C-480/16, EU:C:2018:480, t. 35. i 36.), od 10. travnja 2014., Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, t. 29.) i od 13. studenoga 2012., Test Claimants in the FII Group Litigation (C-35/11, EU:C:2012:707, t. 92.).

kapitala. Budući da je riječ o dividendama iz takozvane raspoložive tržišne kapitalizacije, nije primjenjivo ni područje zaštite slobode poslovnog nastana<sup>9</sup>. Slijedom toga treba ispitati samo ograničenje slobodnog kretanja kapitala koje proizlazi iz članka 63. UFEU-a.

## **B. Ograničenje slobodnog kretanja kapitala**

33. Iz ustaljene sudske prakse proizlazi da mjere koje su kao ograničenja kretanja kapitala zabranjene člankom 63. stavkom 1. UFEU-a obuhvaćaju one koju su takve naravi da mogu odvratiti nerezidente od ulaganja u nekoj državi članici ili pak rezidente te države članice od ulaganja u drugim državama<sup>10</sup>.

34. Međutim, u vezi s porezima i pristojbama valja voditi računa o tome da oni sami po sebi predstavljaju opterećenje i time smanjuju privlačnost kapitalnog ulaganja. Stoga je Sud u nekoliko navrata ocijenio da su pravila država članica o uvjetima i visini oporezivanja obuhvaćena poreznom autonomijom tih država članica, u mjeri u kojoj prekogranična situacija nije predmet diskriminatornog postupanja u odnosu na tuzemnu situaciju<sup>11</sup>. Pri pomnijem promatranju, to smanjenje pomnosti ispitivanja u poreznom pravu, na koje je nedavno izričito uputio nezavisni odvjetnik G. Hogan<sup>12</sup>, odgovara ideji koja je u presudi Keck<sup>13</sup> potaknula Sud na to da ne provede opće ispitivanje ograničenja<sup>14</sup>.

35. U tom pogledu, o ograničenju kretanja kapitala u poreznom pravu može biti riječ samo ako država članica na dividende koje se isplaćuju nerezidentnim subjektima primjenjuje nepovoljniji tretman nego na dividende koje se isplaćuju rezidentnim subjektima. Naime, to može odvratiti društva sa sjedištem u inozemstvu od ulaganja u toj državi članici i, slijedom navedenoga, predstavljati ograničenje slobodnog kretanja kapitala, koje je u načelu zabranjeno člankom 63. UFEU-a<sup>15</sup>.

### **1. Postojanje takvog ograničenja**

36. U skladu sa zakonima o kojima je riječ u glavnom postupku, portugalskom porezu na dobit podliježu samo dividende isplaćene UCITS-u sa sjedištem u inozemstvu (međutim, to vrijedi samo ako potonji UCITS u inozemstvu ne plaća porez na dobit od najmanje 60 % portugalske razine poreza). Porez na dobit naplaćuje se porezom po odbitku. Međutim, to nije slučaj kad je riječ o UCITS-u sa sjedištem u Portugalu, osnovanom u skladu s portugalskim zakonodavstvom na temelju članka 22. stavaka 3. i članka 22. stavaka 10. Zakona o poreznim pogodnostima.

<sup>9</sup> Naime, nije riječ je o udjelima koji tužitelju omogućuju da izvršava presudan utjecaj na odluke društva i određuje njegove djelatnosti. Vidjeti u tom smislu presudu od 13. studenoga 2012., *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-35/11, EU:C:2012:707, t. 90. i sljedeće), od 10. veljače 2011., *Haribo Lakritzen Hans Riegel i Österreichische Salinen* (C-436/08 i C-437/08, EU:C:2011:61, t. 35.) i od 21. listopada 2010., *Idryma Typou* (C-81/09, EU:C:2010:622, t. 47.).

<sup>10</sup> Presude od 21. lipnja 2018., *Fidelity Funds i dr.* (C-480/16, EU:C:2018:480, t. 40.), od 2. lipnja 2016., *Pensioenfonds Metaal en Techniek* (C-252/14, EU:C:2016:402, t. 27.) i od 8. studenoga 2012., *Komisija/Finska* (C-342/10, EU:C:2012:688, t. 28.).

<sup>11</sup> Vidjeti u tom smislu presude od 26. svibnja 2016., *NN (L) International* (C-48/15, EU:C:2016:356, t. 47.) i od 14. travnja 2016., *Sparkasse Allgäu* (C-522/14, EU:C:2016:253, t. 29.), rješenje od 4. lipnja 2009., *KBC-bank* (C-439/07 i C-499/07, EU:C:2009:339, t. 80.) i presudu od 6. prosinca 2007., *Columbus Container Services* (C-298/05, EU:C:2007:754, t. 51. i 53.).

<sup>12</sup> Mišljenje nezavisnog odvjetnika G. Hogana u predmetu *Autoridade Tributária e Aduaneira* (Porez na kapitalne dobitke od nekretnina) (C-388/19, EU:C:2020:940, t. 36. i sljedeće)

<sup>13</sup> Presuda od 24. studenoga 1993., *Keck i Mithouard* (C-267/91 i C-268/91, EU:C:1993:905, t. 16.).

<sup>14</sup> Vidjeti u tom pogledu detaljnije moje mišljenje u predmetu *Google Ireland* (C-482/18, EU:C:2019:728, t. 35. i sljedeće).

<sup>15</sup> Vidjeti u tom smislu presude od 21. lipnja 2018., *Fidelity Funds i dr.* (C-480/16, EU:C:2018:480, t. 44.), od 2. lipnja 2016., *Pensioenfonds Metaal en Techniek* (C-252/14, EU:C:2016:402, t. 28.), od 8. studenoga 2012., *Komisija/Finska* (C-342/10, EU:C:2012:688, t. 33.).



37. Točno je da je svaka država članica dužna da u skladu s pravom Unije uredi svoj sustav oporezivanja isplaćene dobiti i da u tom okviru definira poreznu osnovicu i poreznu stopu koje se primjenjuju na dioničare koji primaju dividende<sup>16</sup>. Slijedom toga, radi poticanja upotrebe posredovanja UCITS-a, države članice slobodne su predvidjeti poseban sustav oporezivanja koji se primjenjuje na te subjekte i na dividende koje oni primaju kao i definirati materijalne i formalne pretpostavke koje je potrebno ispuniti kako bi se ostvarilo pravo obuhvaćenosti takvim sustavom<sup>17</sup>.

38. Međutim, države članice moraju ostvarivati svoju poreznu autonomiju uz poštovanje zahtjeva koji proizlaze iz prava Unije, osobito onih koje nameću odredbe Ugovora koje se odnose na slobodno kretanje kapitala<sup>18</sup>. Slijedom toga, uvođenje posebnog poreznog sustava za UCITS-e s obzirom na njihovo sjedište ne smije predstavljati ograničenje slobodnog kretanja kapitala.

***a) Postojanje ograničenja ako se oporezivanje UCITS-a porezom na dobit promatra zasebno***

39. Stoga bi se na prvi pogled, s obzirom na Komisijino i tužiteljevo stajalište, u ovom slučaju moglo smatrati da su prethodno navedene zakonske odredbe prikladne za odvratanje UCITS-a sa sjedištem u drugoj državi članici od toga da ulaže u društva sa sjedištem u Portugalu.

40. Naime, tužitelju se u Njemačkoj ne može se uračunati porez koji je naplaćen u Portugalu jer zbog metode transparentnog oporezivanja u Njemačkoj (u tom pogledu vidjeti točke 21. i 22. ovog mišljenja) također ne podliježe porezu na dobit. Točno je da tužitelj na temelju UIDO-a između Njemačke i Portugala od portugalske državne riznice može zatražiti povrat dijela poreza po odbitku. Međutim, dividende koje su mu isplatila portugalska društva u svakom slučaju podliježu portugalskom porezu na dobit od 15 %. Suprotno tomu, dividende koje portugalska društva isplaćuju UCITS-u rezidentnom u Portugalu ne podliježu tom poreznom opterećenju.

41. Time se umanjuje iznos prihoda od kapitala, a posljedično i isplativost tužiteljeva ulaganja u portugalska društva te je stoga, ako se promatra zasebno, takve prirode da tužitelja odvraća od ulaganja u Portugalu. Time bi se moglo potvrditi da dolazi do ograničenja slobodnog kretanja kapitala.

42. Međutim, kao što se može zaključiti iz sudske prakse Suda u predmetu u kojem je donesena presuda Pensioenfonds Metaal en Techniek<sup>19</sup>, kad je riječ o pitanju ograničenja slobodnog kretanja kapitala ne treba samo formalno uzeti u obzir oslobođenje od jedne vrste poreza. Naprotiv, treba uzeti u obzir cijelo porezno okruženje u kojem se UCITS oporezuje i stoga provesti sveobuhvatnu (materijalnu) ocjenu.

<sup>16</sup> Presude od 30. siječnja 2020., Köln-Aktienfonds Deka (C-156/17, EU:C:2020:51, t. 42.), od 30. lipnja 2016., Riskin i Timmermans (C-176/15, EU:C:2016:488, t. 29.), od 20. listopada 2011., Komisija/Njemačka (C-284/09, EU:C:2011:670, t. 45.) i od 20. svibnja 2008., Orange European Smallcap Fund (C-194/06, EU:C:2008:289, t. 30.).

<sup>17</sup> Presude od 30. siječnja 2020., Köln-Aktienfonds Deka (C-156/17, EU:C:2020:51, t. 43.), od 24. listopada 2018., Sauvage i Lejeune (C-602/17, EU:C:2018:856, t. 34.) i od 9. listopada 2014., van Caster (C-326/12, EU:C:2014:2269, t. 47.).

<sup>18</sup> Presude od 30. siječnja 2020., Köln-Aktienfonds Deka (C-156/17, EU:C:2020:51, t. 45.) i od 30. lipnja 2011., Meilicke i dr. (C-262/09, EU:C:2011:438, t. 38.).

<sup>19</sup> Presuda od 2. lipnja 2016., Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, t. 29. i sljedeće)

**b) Postojanje ograničenja ako se oporezivanje UCITS-a u Portugalu sveobuhvatno ocjenjuje**

*1) Oslobođenje od poreza u usporedbi s oporezivanjem u skladu s drugom metodom*

43. Pri pomnijem razmatranju proizlazi da UCITS-i u Portugalu nisu oslobođeni od poreza. Štoviše, UCITS-i podliježu, kada je riječ o dividendama koje im se isplaćuju, dvama različitim sustavima oporezivanja, čija primjena ovisi o tome jesu li ili nisu u statusu rezidenta na državnom području države članice društva koje isplaćuje dividendu.

44. Naime, iz zahtjeva za prethodnu odluku, odnosno dodatnih očitovanja koja je sud koji je uputio zahtjev dostavio na upit Suda, i iz očitovanja Portugala proizlazi da se Portugal od 2015. odlučio za poseban sustav oporezivanja UCITS-a sa sjedištem na njegovu državnom području.

45. Pritom je izuzimanje dohodaka od kapitala rezidentnog UCITS-a iz oporezivanja porezom na dobit bilo popraćeno uvođenjem posebne administrativne pristojbe. Kao što je potvrdio sud koji je uputio zahtjev, poseban sustav oporezivanja u skladu s člankom 22. Zakona o poreznim pogodnostima koji se odnosi na rezidentne UCITS-e i administrativna pristojba međusobno su povezani. Administrativna pristojba zamijenila je oporezivanje isplata dividendi porezom na dobit koje se dotad provodilo. Kao što potvrđuje sud koji je uputio zahtjev, ta se pristojba primjenjuje samo na UCITS-e sa sjedištem u Portugalu. Prema pojašnjenjima Portugala, time se željelo uvesti oporezivanje u skladu s načelom „izlaznog oporezivanja”.

46. Taj propis shvaćam na način da se dividende primljene od UCITS-a i druga imovina tek u trenutku isplate ulagaču oporezuju porezom na dobit na njegovoj razini. Suprotno tomu, u međuvremenu se na njih tromjesečno primjenjuje drugi porez, odnosno administrativna pristojba. U tom je pogledu situacija vrlo slična situaciji povodom koje je donesena presuda Pensioenfonds Metaal en Techniek<sup>20</sup>. U njoj je bila riječ o tome da se rezidentni mirovinski fondovi umjesto uobičajenim porezom na dobit oporezuju posebnim porezom na dobit od kapitala, koji je također proizlazio iz imovine i koji su pojedini sudionici i smatrali porezom na imovinu<sup>21</sup>.

47. Neovisno o pitanju treba li u dogmatskom pogledu zaista smatrati, kao što to ističe Komisija, da je ta administrativna pristojba prije vrsta poreza na imovinu ili pak poseban porez na dobit izračunan na temelju neto knjigovodstvene vrijednosti, njome se oporezuju i dividende koje se ne raspodjeljuju dalje (koje se ne akumuliraju). Stoga kad je riječ o rezidentnom UCITS-u portugalski porezni sustav razlikuje između akumuliranih prihoda od kapitala i onih koji se odmah raspodjeljuju dalje. Osim toga, ta pristojba ne obuhvaća samo akumulirane prihode od dividendi, nego cjelokupni kapital UCITS-a. Na taj se način oporezuju svi udjeli, a ne samo udjeli portugalskih društava.

48. Čak i kad je riječ o portugalskim dividendama koje se odmah raspodjeljuju dalje ulagateljima, rezidentnom UCITS-u naplaćuje se administrativna pristojba zbog udjela iz kojih te dividende proizlaze. Međutim, smatram da je samo pitanje metode oporezivanja hoće li se na znatno veći kapital primijeniti znatno manji porez (administrativna pristojba) ili će se na znatno manju raspodjelu na temelju kapitala primijeniti veći porez (15 % na isplate dividendi). Naime, iako dosadašnji kapital treba ostati nepromijenjen, potrebno je platiti i administrativnu pristojbu iz

<sup>20</sup> Presuda od 2. lipnja 2016., Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, t. 29. i sljedeće)

<sup>21</sup> Vidjeti u tom pogledu i mišljenje nezavisnog odvjetnika M. Szpunara u predmetu Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2015:571, t. 23.).

primitaka od dividendi (pod pretpostavkom da UCITS nije imao druge prihode). Stoga nije točna tvrdnja, koju tužitelj nekoliko puta ponavlja, da Portugal ne oporezuje dividende isplaćene rezidentnom UCITS-u. Naime, ta druga metoda oporezivanja ništa ne mijenja u pogledu činjenice da se portugalski UCITS sa sjedištem u Portugalu oporezuje na temelju njegovih udjela u portugalskim društvima.

49. Po tome se ovaj slučaj, kao što Portugal pravilno naglašava, razlikuje i od slučajeva povodom kojih su donesene presude Suda u predmetima Fidelity Funds<sup>22</sup> i Denkavit International i Denkavit France<sup>23</sup>. U tim presudama država podrijetla dividendi odrekla se oporezivanja rezidentnih UCITS-a, dok se Portugal u ovom slučaju nije odrekao oporezivanja, nego primjenjuje drukčiju metodu oporezivanja. Kao i u presudi Pensioenfonds Metaal en Techniek<sup>24</sup>, i u ovom slučaju treba uzeti u obzir tu drugu metodu oporezivanja kako bi se ocijenilo je li riječ o ograničenju.

50. Stoga su dijagrami i hipotetski izračuni za usporedbu koje je tužitelj dostavio također neuvjerljivi. Tužitelj je pritom među ostalim smatrao da se porezno opterećenje bez daljnjeg može izbjeći posredničkim uključivanjem portugalskog UCITS-a. To je samo djelomično točno. Točno je da posrednički UCITS ne bi trebao platiti porez na dobit u pogledu dividendi, ali bi tromjesečno trebao platiti porez na svoj cjelokupni kapital, čime se naposljetku smanjuje i prinos ulagateljâ u taj UCITS jer se administrativna pristojba plaća od prihoda UCITS-a. Odgovor na pitanje koja je varijanta povoljnija ovisi o iznosu dividende u odnosu na kapital. Tijekom godina u kojima portugalsko društvo ne isplaćuje dividende, „posredničko uključivanje” rezidentnog UCITS-a s poreznog bi stajališta bilo pretežno nepovoljno.

## 2) Značenje cjelovitog uračunavanja u državi rezidentnosti

51. Tomu treba dodati još jednu okolnost koja se u podnescima stranaka nije dovoljno uzela u obzir i koja je povezana sa smislom i svrhom UCITS-a.

52. UCITS je poseban instrument ulaganja čija je svrha omogućiti privatnim ulagateljima da ulože novac u tržište vrijednosnih papira i da uživaju posebnu zaštitu, a da im se pritom ne poveća administrativno opterećenje. To među ostalim proizlazi iz uvodne izjave 3. Direktive 2009/65/EZ i ograničenja UCITS-a na određene kategorije imovine, iz posebne obveze izvješćivanja, iz pojednostavnjenja prodajnih prospekata, iz povećane transparentnosti troškova i iz posebne kontrole koju nad njima provode nadzorna tijela.

53. Kako bi se privatni ulagatelji pristali uključiti na tržište vrijednosnih papira posredstvom takvog UCITS-a, prinos ne bi trebao biti manji od prinosa u slučaju izravnog ulaganja u društvo. Prema tome, oporezivanje UCITS-a u pravilu je uređeno na način da za ulagače s financijskog stajališta nema razlike ulažu li izravno u određeno poduzeće ili neizravno kao ulagatelji UCITS-a.

54. Radi postizanja tog cilja Njemačka je u okviru predmetnih godina koje su sporne odlučila tretirati UCITS kao transparentni porezni subjekt. Međutim, to ima za posljedicu da je uračunavanje portugalskog poreza u porez na dobit na razini UCITS-a *per se* isključeno. Zbog te (njemačke) metode oporezivanja moguće je samo uračunavanje poreza na razini ulagatelja. Međutim, ako se ono provodi u državi poslovnog nastana, u ovom slučaju Njemačkoj, to ulagatelja ne odvraća od ulaganja u UCITS koji ulaže u portugalska društva.

<sup>22</sup> Presuda od 21. lipnja 2018., Fidelity Funds i dr. (C-480/16, EU:C:2018:480, t. 42. i sljedeće)

<sup>23</sup> Presuda od 14. prosinca 2006. (C-170/05, EU:C:2006:783, t. 37. i sljedeće)

<sup>24</sup> Presuda od 2. lipnja 2016. (C-252/14, EU:C:2016:402)

55. Kao što je Sud već pojasnio, pitanje uračunavanja opterećenja porezom po odbitku u državi poslovnog nastana također je odlučujući kriterij za utvrđenje nepovoljnog postupanja<sup>25</sup>. Međutim, ako iz razloga povezanih s poreznim sustavom uračunavanje na razini UCITS-a nije moguće te se može provesti samo na razini ulagatelja, tada je stvarno uračunavanje na razini ulagatelja jednako relevantno kao uračunavanje na razini UCITS-a.

56. Stoga, ako Njemačka portugalsko prethodno porezno opterećenje (15 %) zaista uračunava u ulagateljevu obvezu poreza na dohodak, što treba ispitati sud koji je uputio zahtjev, tada se u svakom slučaju može pretpostaviti da u formalnom pogledu postoji nejednako postupanje prema UCITS-u, ali ne i nejednako postupanje u materijalnom pogledu prema ulagateljima. Budući da je smisao i svrha UCITS-a samo omogućiti ulagateljima pristup ulaganjima na tržištu vrijednosnih papira, odlučujuće je samo njihovo gledište.

57. Suprotno tomu, ako se ne provodi uračunavanje, riječ je o nejednakom postupanju primjenom različite metode oporezivanja. Te se dvije metode oporezivanja među ostalim razlikuju u načinu izračuna porezne osnovice (kapital u odnosu na isplatu dividendi), u pogledu nominalne porezne stope (četiri puta godišnje 0,0125 % u odnosu na jednom prilikom isplate 15 %) i načina naplate poreza (tromjesečno u odnosu na prilikom isplate).

58. Što se tiče pitanja predstavlja li zakonodavstvo određene države članice, poput onog u glavnom postupku, ograničenje slobodnog kretanja kapitala, tada je potrebno utvrditi dovodi li takav različit tretman oporezivanja dividendi uplaćenih UCITS-u ovisno o njihovu statusu rezidenta ili nerezidenta do toga da je tretman nerezidentnih UCITS-a u odnosu na rezidentne UCITS-e<sup>26</sup> ne samo različit nego i nepovoljan.

59. Na sudu koji je uputio zahtjev, koji jedini može poznavati činjenice u postupku koji se pred njime vodi, je da ocijeni dovodi li, kada je riječ o predmetnim dividendama, primjena na tužitelja u glavnom postupku poreza po odbitku od 15 % propisanog dvostranim sporazumom kojim se sprječava dvostruko oporezivanje do toga da tužitelj u konačnici podnosi teže porezno opterećenje u Portugalu od opterećenja koje podnosi rezidentni UCITS u situaciji poput tužiteljeve (odnosno UCITS koji ima jednaku imovinu kao tužitelj)<sup>27</sup>. Pritom je, kao što je Sud već odlučio<sup>28</sup>, relevantno pojedinačno porezno razdoblje.

## 2. Zaključak

60. Ako se stoga pokaže da administrativna pristojba koja se plaća tromjesečno i koja se ne primjenjuje samo na neraspodijeljene dividende, nego i na dionički kapital, odgovara usporedivom poreznom opterećenju koje iznosi 15 % opterećenja povezanog s dividendama isplaćenim tužitelju, tada nije riječ o nepovoljnom postupanju, a prema tome ni o ograničenju slobodnog kretanja kapitala. Budući da porezni zakonodavac prilikom uređenja različitih sustava oporezivanja obično ima određenu marginu prosudbe u pogledu određivanja paušalnog iznosa, trebalo bi biti dovoljno ako razina oporezivanja nije potpuno jednaka, nego samo približno usporediva.

<sup>25</sup> Vidjeti u tom smislu presudu od 14. prosinca 2006., *Denkavit Internationaal i Denkavit France* (C-170/05, EU:C:2006:783, t. 44. i sljedeće).

<sup>26</sup> U tom smislu vidjeti izričito presudu od 2. lipnja 2016., *Pensioenfonds Metaal en Techniek* (C-252/14, EU:C:2016:402, t. 33.).

<sup>27</sup> Vidjeti u tom smislu presudu od 2. lipnja 2016., *Pensioenfonds Metaal en Techniek* (C-252/14, EU:C:2016:402, t. 34.) i od 17. rujna 2015., *Miljoen i dr.* (C-10/14, C-14/14 i C-17/14, EU:C:2015:608, t. 48.).

<sup>28</sup> Presuda od 2. lipnja 2016., *Pensioenfonds Metaal en Techniek* (C-252/14, EU:C:2016:402, t. 41.).

61. U tom bi se slučaju tužiteljjev zahtjev onda prije mogao opisati kao selektivan (tzv. *cherry picking*), s obzirom na to da on zahtijeva oslobođenje od poreza na dobit poput rezidentnog UCITS-a, ali ne snosi administrativnu pristojbu koja je kao ekvivalent tom oporezivanju uvedena u vezi s oslobođenjem. No time se ne zahtijeva jednako postupanje s rezidentnim UCITS-om, nego stavljanje u povoljniji položaj. Međutim, svrha temeljnih sloboda nije stavljanje u povoljniji položaj prekogranične situacije, nego „samo” jednako postupanje<sup>29</sup>.

62. Suprotno tomu, ako se pokaže da administrativna pristojba koja se plaća tromjesečno u ovom slučaju dovodi do vidno povoljnijeg poreznog postupanja prema rezidentnim UCITS-ima, to može odvrati nerezidentne UCITS-e od ulaganja u predmetnoj državi članici i stoga predstavlja ograničenje slobodnog kretanja kapitala koje je u načelu zabranjeno člankom 63. UFEU-a.

### **C. Opravdanost ograničenja slobodnog kretanja kapitala**

63. U potonjem slučaju valja ispitati je li to ograničenje opravdano. Iz ustaljene sudske prakse Suda<sup>30</sup> proizlazi da se nacionalni porezni propis u kojem postoji razlika između oporezivanja rezidenata i nerezidenata može smatrati usklađenim s odredbama Ugovora koje se odnose na slobodno kretanje kapitala samo ako se razlika u postupanju koju predviđa odnosi na situacije koje nisu objektivno usporedive (odjeljak 2.) ili ako je ta razlika u postupanju opravdana na temelju važnog razloga u općem interesu (odjeljak 3.). Pritom se ispitivanje slobodnog kretanja kapitala ravna prema drugim temeljnim slobodama, a u obzir valja uzeti i posebnosti slobodnog kretanja kapitala (odjeljak 1.).

#### **1. Posebnosti slobodnog kretanja kapitala**

64. U tom pogledu slobodno kretanje kapitala, za razliku od drugih temeljnih sloboda, sadržava ograničenje opsega zaštite u području poreznih ograničenja. Naime, u skladu s člankom 65. stavkom 1. točkom (a) UFEU-a, članak 63. UFEU-a ne dovodi 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. To je i razumljivo s obzirom na šire područje primjene koje te odredbe imaju. Za razliku od ostalih temeljnih sloboda, slobodno kretanje kapitala obuhvaća i situacije u trećim državama.

65. Međutim, iz ustaljene sudske prakse Suda proizlazi da se ta odredba, s obzirom na to da predstavlja iznimku od temeljnog načela slobodnog kretanja kapitala, mora usko tumačiti. Prema tome, 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

<sup>29</sup> Vidjeti u tom pogledu detaljnije moje mišljenje u predmetu *Google Ireland* (C-482/18, EU:C:2019:728, t. 35. i sljedeće); vidjeti također nedavno mišljenje nezavisnog odvjetnika G. Hogana u predmetu *Autoridade Tributária e Aduaneira* (Porez na kapitalne dobitke od nekretnina) (C-388/19, EU:C:2020:940, t. 36. i sljedeće).

<sup>30</sup> Presude od 21. lipnja 2018., *Fidelity Funds* i dr. (C-480/16, EU:C:2018:480, t. 48.), od 10. travnja 2014., *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* (C-190/12, EU:C:2014:249, t. 57.), od 10. svibnja 2012., *Santander Asset Management SGIIC* i dr. (C-338/11 i C-347/11, EU:C:2012:286, t. 23.), od 6. lipnja 2000., *Verkoijen* (C-35/98, EU:C:2000:294, t. 43.).

člankom 65. stavkom 3. UFEU-a, prema kojem nacionalne odredbe iz stavka 1. tog članka „ne smiju biti sredstvo proizvoljne diskriminacije ili prikrivenog ograničenja slobodnog kretanja kapitala i platnog prometa kako je utvrđeno u članku 63. [UFEU-a]”<sup>31</sup>.

66. Slijedom toga, kao što Sud dalje navodi, treba razlikovati nejednako postupanje dopušteno člankom 65. stavkom 1. točkom (a) UFEU-a i diskriminaciju zabranjenu člankom 65. stavkom 3. UFEU-a<sup>32</sup>. Međutim, u sudskoj praksi Suda ostaje otvoreno pitanje koji su kriteriji na temelju kojih je moguće razlikovati ta dopuštena nejednaka postupanja (članak 65. stavak 1. točka (a) UFEU-a) od proizvoljne diskriminacije ili prikrivenog ograničenja zabranjenih člankom 65. stavkom 3. UFEU-a. Sud u tom pogledu doduše upotrebljava uobičajenu formulaciju koja se u pogledu svih ostalih temeljnih sloboda također upotrebljava.

67. U skladu s tim, nacionalni porezni propisi mogu se smatrati usklađenima s temeljnim slobodama ako se razlika u postupanju koju previđa odnosi na situacije koje nisu objektivno usporedive ili ako je ta razlika u postupanju opravdana na temelju važnog razloga od općeg interesa<sup>33</sup>.

68. Međutim, čini mi se dvojbenim uzimaju li se time u dovoljnoj mjeri u obzir prethodno navedene posebnosti slobodnog kretanja kapitala. U svojem mišljenju u predmetu *Pensioenfonds Metaal en Techniek*, nezavisni odvjetnik M. Szpunar smatrao je da<sup>34</sup> Sud uzima u obzir te posebnosti zbog činjenice da se porezni obveznici rezidenti i porezni obveznici nerezidenti u načelu ne nalaze u usporedivoj situaciji. Taj zaključak možda vrijedi kad je riječ o starijoj sudskoj praksi kao što je presuda *Schumacker*. U njoj se još pojašnjava da se u području izravnog oporezivanja rezidenti i nerezidenti ne nalaze u usporedivoj situaciji<sup>35</sup>.

69. Međutim, kad se promatra novija sudska praksa Suda, može se uočiti suprotna tendencija. Tako se pojašnjava da se usporedivost ispituje samo s obzirom na kriterije razlikovanja utvrđene odnosnim zakonodavstvom<sup>36</sup>. Stoga se usporedivost situacije s prekograničnim elementom i unutarnje situacije u području primjene slobodnog kretanja kapitala također ispituje pod istim uvjetima kao i kad je riječ o drugim temeljnim slobodama: vodeći računa o cilju predmetnih nacionalnih odredbi<sup>37</sup> kao i predmetu i sadržaju istih<sup>38</sup>.

<sup>31</sup> Presude od 21. lipnja 2018., *Fidelity Funds* i dr. (C-480/16, EU:C:2018:480, t. 47.), od 2. lipnja 2016., *Pensioenfonds Metaal en Techniek* (C-252/14, EU:C:2016:402, t. 46.) i od 10. travnja 2014., *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* (C-190/12, EU:C:2014:249, t. 55. i 56. i navedena sudska praksa)

<sup>32</sup> Presude od 21. lipnja 2018., *Fidelity Funds* i dr. (C-480/16, EU:C:2018:480, t. 48.), od 2. lipnja 2016., *Pensioenfonds Metaal en Techniek* (C-252/14, EU:C:2016:402, t. 47.) i od 10. svibnja 2012., *Santander Asset Management SGIIC* i dr. (C-338/11 i C-347/11, EU:C:2012:286, t. 23. i navedena sudska praksa)

<sup>33</sup> Vidjeti samo, a da pritom nije riječ o iscrpnom popisu: presude od 21. lipnja 2018., *Fidelity Funds* i dr. (C-480/16, EU:C:2018:480, t. 48.), od 2. lipnja 2016., *Pensioenfonds Metaal en Techniek* (C-252/14, EU:C:2016:402, t. 47.), od 1. prosinca 2011., *Komisija/Belgija* (C-250/08, EU:C:2011:793, t. 51.), od 7. rujna 2004., *Manninen* (C-319/02, EU:C:2004:484, t. 29.) i od 6. lipnja 2000., *Verkooijen* (C-35/98, EU:C:2000:294, t. 43.).

<sup>34</sup> Mišljenje nezavisnog odvjetnika M. Szpunara u predmetu *Pensioenfonds Metaal en Techniek* (C-252/14, EU:C:2015:571, t. 2.)

<sup>35</sup> Presuda 14. veljače 1995., *Schumacker* (C-279/93, EU:C:1995:31, t. 31.) koja je međutim potvrđena i u presudama od 22. prosinca 2008., *Truck Center* (C-282/07, EU:C:2008:762, t. 38.) i od 5. srpnja 2005., *D.* (C-376/03, EU:C:2005:424, t. 26.).

<sup>36</sup> Presude od 21. lipnja 2018., *Fidelity Funds* i dr. (C-480/16, EU:C:2018:480, t. 51.), od 2. lipnja 2016., *Pensioenfonds Metaal en Techniek* (C-252/14, EU:C:2016:402, t. 49.) i od 10. svibnja 2012., *Santander Asset Management SGIIC* i dr. (C-338/11 i C-347/11, EU:C:2012:286, t. 28.). U presudi 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. 162. i sljedeće) Sud čak smatra da već i uskraćivanje financijske prednosti u prekograničnom kontekstu, a koja se u istovjetnim okolnostima dodjeljuje na državnom području, predstavlja ograničenje slobodnog kretanja kapitala. Međutim, oporezivanje porezom po odbitku *per se* za posljedicu ima financijski nedostatak u odnosu na (kasniji) razrez, čak i ako se taj nedostatak umanju predujmovima.

<sup>37</sup> Presude od 2. lipnja 2016., *Pensioenfonds Metaal en Techniek* (C-252/14, EU:C:2016:402, t. 48.) i od 8. studenoga 2012., *Komisija/Finska* (C-342/10, EU:C:2012:688, t. 36. i navedena sudska praksa)

<sup>38</sup> Presude od 2. lipnja 2016., *Pensioenfonds Metaal en Techniek* (C-252/14, EU:C:2016:402, t. 48.), od 10. svibnja 2012., *Komisija/Estonija* (C-39/10, EU:C:2012:282, t. 51.).

70. Međutim, u slučaju da Sud smatra da „proizvoljnu diskriminaciju” koja je zabranjena člankom 65. stavkom 3. UFEU-a<sup>39</sup> treba izjednačiti s uobičajenom diskriminacijom koja je zabranjena kad je riječ o drugim temeljnim slobodama u poreznom pravu, prethodno navedene posebnosti slobodnog kretanja kapitala s obzirom na porezno zakonodavstvo država članica potrebno je uzeti u obzir najkasnije prilikom odvagivanja u okviru ocjene proporcionalnosti.

71. U tom pogledu smatram da je izmjena Ugovora iz Maastrichta<sup>40</sup> dodavanjem sadašnjeg članka 65. UFEU-a dovela do smanjenja razine zaštite slobodnog kretanja kapitala u odnosu na ograničenja koja se temelje na poreznom zakonodavstvu. Slijedom toga, u tim slučajevima prilikom odvagivanja ciljeva koje države članice imaju u pogledu razlikovanja, slobodnom kretanju kapitala treba pridati manje značenje nego prilikom odvagivanja tih ciljeva s drugim temeljnim slobodama<sup>41</sup>. Drugim riječima, ograničenje slobodnog kretanja kapitala poreznim odredbama koje su povezane s rezidentnošću, može se lakše opravdati nego primjerice ograničenje slobode poslovnog nastana. Na to ću se vratiti u okviru ocjene proporcionalnosti.

## 2. *Usporedivost tuzemne i inozemne situacije*

72. Kao što se prethodno pojašnjava, usporedivost situacije s prekograničnim elementom i unutarnje situacije treba ispitivati vodeći računa o cilju predmetnih nacionalnih odredbi kao i predmetu i sadržaju tih odredbi. Pritom se samo kriteriji razlikovanja utvrđeni odnosnim zakonodavstvom moraju uzeti u obzir kako bi se ocijenilo odražava li razlika u postupanju koja proizlazi iz takvog zakonodavstva situacije koje su objektivno različite<sup>42</sup>.

73. Metoda oporezivanja u ovom je slučaju povezana s razlikovnim kriterijem koji se u biti temelji na mjestu sjedišta UCITS-a kojem se isplaćuju dividende. Stoga je potrebno provjeriti nalaze li se, u pogledu cilja, kao i predmeta i sadržaja zakonodavstva u glavnom postupku, rezidentni i nerezidentni UCITS-i u usporedivoj situaciji.

74. U tom pogledu treba istaknuti da oporezivanje koje se odnosi na rezidentne UCITS-e ima drukčiji cilj od onog koji se primjenjuje na nerezidentne UCITS-e. Dok se rezidentnim UCITS-ima oporezuje ukupna imovina, izračunana na temelju neto knjigovodstvene vrijednosti te se primjenjuje paušalna porezna stopa, neovisno o stvarno naplaćenim dividendama tijekom odnosnog poreznog razdoblja, nerezidentnim UCITS-ima oporezuju se samo dividende naplaćene u Portugalu tijekom toga razdoblja.

75. Čini se da ta posebna metoda oporezivanja proizlazi iz posebne svrhe UCITS-a. Njegova je svrha omogućiti privatnim ulagateljima da ulože novac u tržište vrijednosnih papira i da uživaju posebnu zaštitu, a da im se pritom ne poveća administrativno opterećenje (vidjeti u tom pogledu točke 52. i 53. ovog mišljenja).

76. Međutim, izravnog ulagatelja također se oporezuje porezom na dobit tek u trenutku isplate dividende njemu samom. Kako bi do tog trenutka sudjelovao u povećanju vrijednosti imovine, čini se da se Portugal odlučio za sličan posebni porez kojim se ukupna imovina rezidentnog

<sup>39</sup> Čini se da se postojanje „prikrivenog ograničenja” u smislu članka 65. stavka 3. UFEU-a može isključiti u slučaju propisa koji se odnosi na sjedište.

<sup>40</sup> Ugovor o Europskoj uniji od 7. veljače 1992. (SL 1992., C 191, str. 1.)

<sup>41</sup> Vidjeti moje mišljenje u predmetu Q (C-133/13, EU:C:2014:2255, t. 48.) i *Kokott*, *Das Steuerrecht der Europäischen Union*, München 2018., članak 3., t. 94 na kraju.

<sup>42</sup> Presude od 2. lipnja 2016., *Pensioenfonds Metaal en Techniek* (C-252/14, EU:C:2016:402, t. 49.) i od 10. svibnja 2012., *Santander Asset Management SGII* i dr. (C-338/11 i C-347/11, EU:C:2012:286, t. 28.).

UCITS-a četiri puta godišnje podvrgava paušalnom oporezivanju, neovisno o naplati prihoda koji je generirala ta imovina, posebice naplati dividendi. Time se Portugalu osiguravaju manji, ali kontinuirani porezni prihodi, a da pritom nije potrebno čekati isplatu ulagatelju. Sa stajališta oporezivanja prema platnoj sposobnosti, administrativna pristojba prije dovodi u nepovoljniji položaj rezidentne UCITS-e jer oni snose porezno opterećenje, čak i ako ne ostvaruju nikakve prihode. Čini se da iz toga zatim proizlazi i vrlo niska nominalna porezna stopa administrativne pristojbe. Suprotno tomu, nerezidentni UCITS oporezuje se, dakle nominalno, ali znatno većom poreznom stopom, samo ako se njegova financijska sposobnost poveća zbog isplate dividendi.

77. U tom pogledu, ni u tom smislu ne vrijedi ništa drugo nego ono što je Sud već istaknuo u predmetu *Pensioenfonds Metaal en Techniek*<sup>43</sup>. Oporezivanje rezidentnih UCITS-a Portugal provodi u svojstvu države u kojoj su ti UCITS-i rezidentni, raspoložujući ovlašću oporezivanja njihova ukupnog dohotka, a u ovom slučaju i njihove ukupne imovine.

78. Kao što to proizlazi iz sudske prakse Suda, u svrhu oporezivanja imovine također treba polaziti od toga da se situacija nerezidenta razlikuje od situacije rezidenta, s obzirom na to da u državi njegova sjedišta u pravilu nisu koncentrirani samo njegovi glavni dohodci, nego i njegova glavna imovina<sup>44</sup>. Stoga se porezni obveznik, čiji se imovina neznatnim dijelom nalazi u državi članici različitoj od države njegova boravišta, u načelu ne nalazi u situaciji koja je usporediva sa situacijom rezidenta te druge države članice<sup>45</sup>. Čini se da to vrijedi i za UCITS.

79. Što se tiče tužitelja sa sjedištem u Njemačkoj, Portugal na temelju Ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja sklopljenog s Njemačkom ima samo ovlast oporezivanja prihoda koji generira imovina tih UCITS-a u Portugalu. Stoga Portugal u svojstvu države podrijetla dividendi oporezuje dividende isplaćene nerezidentnom UCITS-u.

80. Budući da, na temelju tog sporazuma, Portugal nema ovlast oporezivanja imovine nerezidentnih UCITS-a, poput onih u glavnom postupku, koji se ne nalaze na njegovu državnom području, sama okolnost da su neki dijelovi imovine povezani s Portugalom ne može dovesti do toga da Portugal oporezuje cijelu imovinu.

81. Pod tim uvjetima, cilj kojemu teži predmetno nacionalno zakonodavstvo u glavnom postupku da se provede takozvano izlazno oporezivanje ulagatelja u UCITS-e i da se do raspodjele provede samo oporezivanje na temelju imovine UCITS-a – ne može se ostvariti što se tiče nerezidentnih UCITS-a.

82. Taj se cilj ne može postići ni oporezivanjem dividendi koje su isplaćene nerezidentnom UCITS-u u skladu s oporezivanjem na temelju administrativne pristojbe (odnosno oporezivanjem pripadajućeg „portugalskog” kapitala). Konačno, to proizlazi iz činjenice da se, na temelju odredbi ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja sklopljenog s Njemačkom (i na temelju općih standarda OECD-a), nerezidentni UCITS-i mogu oporezivati samo ako im se isplate dividende.

83. Stoga je potrebno zaključiti da, u pogledu cilja kojemu teži nacionalno zakonodavstvo, kao i njegova predmeta i sadržaja, nerezidentni UCITS nije u usporedivoj situaciji s onom u kojoj se nalazi rezidentni UCITS.

<sup>43</sup> Presuda od 2. lipnja 2016., *Pensioenfonds Metaal en Techniek* (C-252/14, EU:C:2016:402, t. 55. i sljedeće)

<sup>44</sup> Presuda od 5. srpnja 2005., D. (C-376/03, EU:C:2005:424, t. 37.).

<sup>45</sup> To se izričito navodi u presudi od 5. srpnja 2005., D. (C-376/03, EU:C:2005:424, t. 38.).



84. Taj je zaključak također u skladu s ocjenom iz članka 65. stavka 1. točke (a) UFEU-a i s činjenicom da nema proizvoljne diskriminacije koja je zabranjena na temelju članka 65. stavka 3. UFEU-a. Administrativna pristojba zasigurno se može iz različitih razloga kritizirati ili smatrati neobičnom. Međutim, zbog prethodno utvrđenih ograničenih prava na oporezivanje, ta je razlika u postupanju prema rezidentnim i nerezidentnim UCITS-ima razumljiva i stoga nije proizvoljna u smislu članka 65. stavka 3. UFEU-a.

### **3. Podredno: Razlozi za opravdanje različitog postupanja**

85. Samo u slučaju da Sud odluči da je situacija usporediva treba ispitati može li se različito oporezivanje rezidentnih i nerezidentnih UCITS-a opravdati. Međutim, iz sudske prakse Suda proizlazi da se nacionalni porezni propis može smatrati usklađenim s odredbama Ugovora o slobodnom kretanju kapitala ako je razlika u postupanju opravdana na temelju važnog razloga u općem interesu<sup>46</sup>.

86. Razlozi za opravdanje koji u ovom slučaju dolaze u obzir su očuvanje uravnotežene raspodjele ovlasti oporezivanja među državama članicama (točka (a)), sprečavanje neoporezivanja (točka (b)) i očuvanje usklađenosti portugalskog poreznog sustava (točka (c)). Usto je potrebno da mjera (u ovom slučaju različita metoda oporezivanja) bude proporcionalna, odnosno prikladna za jamčenje ostvarenja zadanog cilja i da ne prekoračuje ono što je nužno da bi ga se postiglo (točka (d)).

#### **a) Očuvanje uravnotežene raspodjele ovlasti oporezivanja kao razlog za opravdanje**

87. Uravnotežena raspodjela ovlasti oporezivanja između država članica jest legitiman cilj koji je Sud priznao<sup>47</sup>. Taj je cilj izraz poreznog suvereniteta država članica. Potonji porezni suverenitet obuhvaća pravo države da štiti svoje porezne prihode, osobito u pogledu dobiti ostvarene na njezinu području (načelo teritorijalnosti) i pravo države da svoj porezni sustav uredi autonomno (načelo autonomije).

88. Točno je, kao što to ističe i Komisija, da je Sud već presudio da se država članica, ako odluči da neće oporezivati rezidentne UCITS-e koji primaju dividende nacionalnog podrijetla, ne može pozvati na potrebu osiguranja uravnotežene raspodjele ovlasti oporezivanja među državama članicama kako bi opravdala oporezivanje nerezidentnih UCITS-a koji primaju takve prihode<sup>48</sup>.

89. Međutim, taj slučaj ovdje nije relevantan. Kao što je već prethodno navedeno, u Portugalu rezidentni UCITS-i nisu oslobođeni od svih poreza, nego se samo drukčije oporezuju. Portugal je odlučio rezidentne UCITS-e oporezivati tromjesečno s obzirom na ukupnu neto knjigovodstvenu vrijednost i po relativno niskoj poreznoj stopi. Takva odluka nije bila moguća u pogledu nerezidentnih UCITS-a. Što se tiče potonjih UCITS-a, Portugal je, barem prema kriterijima

<sup>46</sup> Presude od 21. lipnja 2018., Fidelity Funds i dr. (C-480/16, EU:C:2018:480, t. 48.), od 2. lipnja 2016., Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, t. 47.), od 1. prosinca 2011., Komisija/Belgija (C-250/08, EU:C:2011:793, t. 51.), od 7. rujna 2004., Manninen (C-319/02, EU:C:2004:484, t. 29.) i od 6. lipnja 2000., Verkooijen (C-35/98, EU:C:2000:294, t. 43.)

<sup>47</sup> Presude od 7. studenoga 2013., K (C-322/11, EU:C:2013:716, t. 50.), od 6. rujna 2012., Philips Electronics (C-18/11, EU:C:2012:532, t. 23.), od 29. studenoga 2011., National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, t. 45.) i od 13. prosinca 2005., Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, t. 45. i 46.).

<sup>48</sup> Presude od 21. lipnja 2018., Fidelity Funds i dr. (C-480/16, EU:C:2018:480, t. 71.), od 10. travnja 2014., Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, t. 99.), od 10. svibnja 2012., Santander Asset Management SGIIC i dr. (C-338/11 i C-347/11, EU:C:2012:286, t. 48.) i od 20. listopada 2011., Komisija/Njemačka (C-284/09, EU:C:2011:670, t. 78.) te navedena sudska praksa

međunarodnog prava, oporezivanje mogao primijeniti samo na dohodak iz portugalskog izvora (vidjeti članak 10. Predložka porezne konvencije OECD-a, odnosno članak 10 UIDO-a između Njemačke i Portugala).

90. Drukčije porezno opterećenje koje iz toga proizlazi obuhvaćeno je tim razlogom za opravdanje isto kao i eventualni financijski nedostatak koji je svojstven svakom porezu po odbitku koji se zadržava u trenutku plaćanja i koji ne nastaje tek nakon isteka određenog poreznog razdoblja (u ovom slučaju tri mjeseca).

***b) Sprečavanje neoporezivanja (dvostrukog neoporezivanja) u okviru učinkovite naplate poreza kao razlog za opravdanje***

91. Iz sudske prakse Suda nadalje proizlazi da se primjena na nerezidentne porezne obveznike poreza po odbitku kao metode oporezivanja, dok rezidentni porezni obveznici nisu podvrgnuti takvom porezu po odbitku, može opravdati nužnošću da se zajamči učinkovita naplata poreza<sup>49</sup>. Sprečavanje neoporezivanja naposljetku također služi za osiguranje učinkovite naplate poreza.

92. Odredba članka 14. stavka 3. Zakonika o porezu na dobit na temelju koje tužiteljeva obveza plaćanja poreza na dobit nastaje samo ako i zato što on u državi rezidentnosti na temelju tih prihoda od dividendi ne podliježe nikakvom (ili podliježe samo niskom) porezu, ima za cilj sprečavanje neoporezivanja.

93. Isto tako, naplata poreza po odbitku na izvoru dividende na teret inozemnog UCITS-a dio je učinkovite naplate poreza. Time se na jednostavan i djelotvoran način onemogućuju, primjerice, strukture fondova koje su uređene na način da nijedna država, odnosno ni država podrijetla dividendi ni država rezidentnosti, ne može oporezivati prihode od dividendi na razini UCITS-a ili na razini njegovih ulagatelja i ostvarivanje dohodaka od dvostrukog neoporezivanja.

94. Točno je da oporezivanje po odbitku krije opasnost od dvostrukog oporezivanja. Međutim, kao što je to ovdje bio slučaj, ta se opasnost može smanjiti ili izbjeći ugovorom o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja.

95. Europski zakonodavac u međuvremenu je također počeo pridavati posebno veliku važnost borbi protiv utaje poreza. Iz tog je razloga donio Direktivu o utvrđivanju pravila protiv praksi izbjegavanja poreza<sup>50</sup>. U njoj je sad predvidio i pravila za sprečavanje dvostrukog neoporezivanja, odnosno protiv hibridne neusklađenosti (članak 9.) i opća pravila o suzbijanju zlouporabe (članak 6.).

96. Naposljetku, mjere iz drugog stupa koje OECD preporučuje za borbu protiv izbjegavanja poreza također pokazuju da je borba protiv utaje poreza među važnim razlozima u općem interesu<sup>51</sup>. OECD je u predgovoru („Cover Statement”) svojeg posljednjeg izvješća o postupku savjetovanja u vezi s preporukama za suzbijanje izbjegavanja poreza istaknuo da minimalna

<sup>49</sup> Presude od 22. studenoga 2018., Sofina i dr. (C-575/17, EU:C:2018:943, t. 67.) i od 13. srpnja 2016., Brisal i KBC Finance Ireland (C-18/15, EU:C:2016:549, t. 21.), vidjeti u tom smislu presude od 9. listopada 2014., van Caster (C-326/12, EU:C:2014:2269, t. 46.), od 18. listopada 2012., X (C-498/10, EU:C:2012:635, t. 39.) i od 3. listopada 2006., FKP Scorpio Konzertproduktionen (C-290/04, EU:C:2006:630, t. 35.).

<sup>50</sup> Direktiva Vijeća (EU) 2016/1164 od 12. srpnja 2016. o utvrđivanju pravila protiv praksi izbjegavanja poreza kojima se izravno utječe na funkcioniranje unutarnjeg tržišta (SL 2016., L 193, str. 1.)

<sup>51</sup> Tax challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar Two Blueprint, <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/abb4c3d1-en.pdf?expires=1607888140&id=id&accname=guest&checksum=DC286FCCE9A7B15A436A5E3297CD7D78>

razina oporezivanja pridonosi osiguravanju pravednosti i jednakosti između poreznih sustava, stvaranju stabilnog poreznog okvira za nove poslovne modele i osiguravanju financiranja država<sup>52</sup>, i time se naglašava njezina posebna važnost za širu javnost.

97. U skladu s tim jest slučaj kad se cilj osiguranja minimalne razine oporezivanja nerezidentnog UCITS-a smatra važnim razlogom u općem interesu koji je i u ovom slučaju relevantan, kao što to proizlazi iz odredbe članka 14. stavka 3. Zakonika o porezu na dobit.

### **c) Očuvanje usklađenosti poreznog sustava kao razlog za opravdanje**

98. Portugal također ističe da je primjena poreznih propisa o kojima je riječ u glavnom postupku nužna za očuvanje usklađenosti portugalskog poreznog sustava. Naime, prema stajalištu Portugala, postoji izravna veza između oslobođenja od poreza po odbitku na dividende isplaćene rezidentnim UCITS-ima i kvartalne naplate poreza u skladu s administrativnom pristojbom.

99. Sud je već presudio da potreba očuvanja usklađenosti poreznog sustava može opravdati propis kojim se ograničavaju temeljne slobode<sup>53</sup>. Međutim, da bi argument utemeljen na takvom opravdanju mogao biti uspješan, potrebno je, prema ustaljenoj sudskoj praksi, pokazati postojanje izravne veze između porezne prednosti u pitanju i prijetoja te prednosti s pojedinim poreznim opterećenjem, dok se izravnost te veze mora ocijeniti s obzirom na cilj propisa u pitanju<sup>54</sup>.

100. Kao što proizlazi iz očitovanja Portugala, cilj je administrativne pristojbe da se ulagatelji oporezuju tek kasnije (prema riječima Portugala: u skladu s logikom izlaznog oporezivanja) i da se do tog trenutka *neovisno* o primljenim dividendama UCITS-u obračunava poreza na dionički kapital. Taj se cilj ne može postići oporezivanjem dividendi u trenutku isplate UCITS-u. Stoga je ta administrativna pristojba uvedena samo za te UCITS-e i u isto vrijeme 2015. kad i oslobođenje od poreza na dobit i poreza po odbitku koji se odnose na dohotke od kapitala.

101. Stoga, suprotno onomu što očito smatraju Komisija i tužitelj, u tom pogledu postoji dovoljno izravna veza. To proizlazi već iz vremenske i sadržajne usklađenosti tih dvaju poreza. Činjenica da se prijetoj porezne prednosti ne nalaže u okviru u Zakonika o porezu na dobit, nego kao ekvivalentna zamjena u drugom poreznom zakonu s drukčijom metodom oporezivanja, ne može dovesti u pitanje postojanje izravne veze. Stajališta Komisije i tužitelja svode se na vrlo formalan pristup u pogledu očuvanja usklađenosti poreznog sustava kao razloga za opravdanje. Međutim, tim se formalnim pristupom zanemaruje činjenica da se razlog za opravdanje ne odnosi samo na dosljednost pojedinog poreznog zakona, nego i na usklađenost poreznog sustava (*régime fiscal*)<sup>55</sup> kao takvog.

<sup>52</sup> Tax challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar Two Blueprint, Cover Statement, <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/abb4c3d1-en.pdf?expires=1607888140&id=id&accname=guest&checksum=DC286FCCE9A7B15A436A5E3297CD7D78>, str. 10. i sljedeće

<sup>53</sup> Presude od 21. lipnja 2018., Fidelity Funds i dr. (C-480/16, EU:C:2018:480, t. 79.), od 10. svibnja 2012., Santander Asset Management SGIIC i dr. (C-338/11 i C-347/11, EU:C:2012:286, t. 50) i od 23. listopada 2008., Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt (C-157/07, EU:C:2008:588, t. 43. i 44.)

<sup>54</sup> Presude od 21. lipnja 2018., Fidelity Funds i dr. (C-480/16, EU:C:2018:480, t. 80.), od 10. svibnja 2012., Santander Asset Management SGIIC i dr. (C-338/11 i C-347/11, EU:C:2012:286, t. 51.) i od 27. studenoga 2008., Papillon (C-418/07, EU:C:2008:659, t. 44.)

<sup>55</sup> To u svakom slučaju proizlazi i iz njemačkih prijevoda novije sudske prakse: presude od 21. lipnja 2018., Fidelity Funds i dr. (C-480/16, EU:C:2018:480, t. 83. i sljedeće), od 12. lipnja 2018., Bevola i Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, t. 51.), od 21. prosinca 2016., Komisija/Portugal (C-503/14, EU:C:2016:979, t. 62.), od 30. lipnja 2016., Feilen (C-123/15, EU:C:2016:496, t. 29.) i od 17. prosinca 2015., Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829, t. 45.)

102. Međutim, porezni sustav može se sastojati od nekoliko različitih vrsta poreza i metoda oporezivanja. Stoga, ako su te različite prednosti i nedostaci međusobno povezani s obzirom na sadržaj, a u ovom je slučaju to prilično jasno iz toga kako je došlo do proširenja administrativne pristojbe prilikom uvođenja Zakona o poreznim pogodnostima, ne može biti relevantno predviđaju li se izravna prednost i nedostatak u tom zakonu ili „samo” u istom poreznom sustavu.

#### **d) Očuvanje načela proporcionalnosti**

103. Budući da se primjenjuju razlozi za opravdanje koji se odnose na očuvanje uravnotežene raspodjele ovlasti oporezivanja, učinkovitu naplatu poreza radi sprečavanje neoporezivanja i očuvanje usklađenosti poreznog sustava, valja provjeriti je li u konkretnom slučaju prikladna činjenica da se samo UCITS-ima rezidentnima u Portugalu daje mogućnost ostvarivanja oslobođenja od poreza po odbitku i da se time ne prekoračuje ono što je nužno<sup>56</sup> da bi se postigli ti ciljevi. Smatram da u tom pogledu treba odgovoriti potvrdno.

104. S jedne strane, s obzirom na nepostojanje porezne autonomije u pogledu ukupne neto imovine nerezidentnih UCITS-a, u ovom slučaju nije moguće drukčije oporezivanje koje bi bilo jednako prikladno kao oporezivanje po odbitku za primljene isplate dividendi. To dokazuje već činjenica da se člankom 10. stavkom 2. trećom rečenicom OECD-ova predložka porezne konvencije državi podrijetla osim prava oporezivanja subjekta koji raspodjeljuju dividende dodjeljuje i pravo oporezivanja primatelja dividendi. Naime, iz toga slijedi da barem države članice OECD-a polaze od toga da je oporezivanje tih dividendi koje provodi država podrijetla, *uz* oporezivanje dobiti portugalskog društva, prikladno i nužno sredstvo za primjerenu raspodjelu poreznih prihoda između država.

105. Oporezivanje cjelokupne neto imovine nerezidentnog UCITS-a na njegov zahtjev (pravo izbora) može biti jednako prikladno u pogledu dvostrukog oporezivanja koje iz toga proizlazi, ali ne i blaže sredstvo. Stoga u ovom slučaju ne treba razmotriti pitanje koje je nezavisni odvjetnik G. Hogan<sup>57</sup> pravilno istaknuo, a to je treba li zadržati sudsku praksu Suda<sup>58</sup> prema kojoj pravo izbora ni u kojem slučaju nije prikladno za sprečavanje nejednakog postupanja.

106. Također se postavlja pitanje je li analogno, ali ograničeno oporezivanje kapitala nerezidentnog UCITS-a, koje je ograničeno na neto vrijednost portugalskih udjela i akumuliranih dividendi koje iz toga proizlaze, blaže sredstvo. Naime, prema tome bi nerezidentni UCITS morao provesti obračun u skladu s portugalskim zakonodavstvom, kako bi utvrdio odgovarajuću ukupnu neto knjigovodstvenu vrijednost. U svakom slučaju, takvo sredstvo ne bi bilo jednako učinkovito jer je provedba poreznog tretmana i nadzora nerezidentnih UCITS-a znatno zahtjevnija od naplate poreza po odbitku u trenutku isplate dividendi nerezidentnom UCITS-u.

107. Stoga je relevantno samo odvagivanje tužiteljeva prava na slobodno kretanja kapitala i prethodno navedenih važnih razloga od općeg interesa u konkretnom slučaju. Pritom, kao što se navodi u točki 64. i sljedećim točkama ovog mišljenja, s jedne strane valja uzeti u obzir činjenicu da slobodnom kretanju kapitala treba pridati manje značenje prilikom odvagivanja s ciljevima

<sup>56</sup> Presude od 21. lipnja 2018., Fidelity Funds i dr. (C-480/16, EU:C:2018:480, t. 64.), od 24. studenoga 2016., SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, t. 56.) i od 17. prosinca 2015., Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829, t. 29.).

<sup>57</sup> Mišljenje nezavisnog odvjetnika G. Hogana u predmetu Autoridade Tributária e Aduaneira (Porez na kapitalne dobitke od nekretnina) (C-388/19, EU:C:2020:940, t. 73.)

<sup>58</sup> Vidjeti presude od 18. ožujka 2010., Gielen (C-440/08, EU:C:2010:148, t. 49. do 54. s vrlo neobičnim obrazloženjem), i od 8. lipnja 2016., Hünnebeck (C-479/14, EU:C:2016:412, t. 42.). Međutim, vidjeti također presudu od 12. lipnja 2018., Bevola i Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, t. 25.), u kojoj Sud kratko ispituje može li mogućnost izbora dovesti u pitanje zaključak o različitom postupanju.

koje države članice imaju u pogledu razlikovanja. S druge strane, osiguranje minimalne razine oporezivanja, djelotvorna provedba poreznih zahtjeva i uravnotežena raspodjela ovlasti oporezivanja osnovni su opći interesi jer su namijenjeni financiranju države. Ako ne postoji dostatan porezni prihod, država ne može obavljati svoje dužnosti i ispunjavati svoje funkcije.

108. U ovom slučaju ti pravni interesi znače tek neznatne nedostatke za tužitelja. Prva je mogućnost da se, kao u pogledu predmetnih ulagatelja koji su rezidenti u Njemačkoj, portugalsko porezno opterećenje pribroji njihovoj poreznoj obvezi, tako da ih se ne odvraća od ulaganja. Druga je mogućnost da, u najgorem slučaju, dođe do dvostrukog gospodarskog oporezivanja (s jedne strane, portugalski porez na dobit na razini UCITS-a od 15 % i inozemni porez na dohodak na razini inozemnog ulagatelja). Točno je da to čini ulaganje u nerezidentne UCITS-e s udjelima u portugalskim društvima nešto manje privlačnim.

109. Međutim, kao prvo, to dvostruko oporezivanje treba riješiti sporazumom između dotičnih država, a ne jednostrano pozivanjem na temeljne slobode na štetu Portugala. Kao drugo, taj se nedostatak u svakom slučaju umanjuje ili čak u potpunosti nadoknađuje time što izostaje kvartalna naplata administrativne pristojbe.

110. Tomu valja dodati činjenicu da se tužitelj s obzirom na financijsku sposobnost oporezuje na temelju ostvarenog prihoda, odnosno da se, drukčije nego u pogledu rezidentnog UCITS-a, ne provodi objektno oporezivanje imovine. Osim toga, oporezivanje koje provodi Portugal povezano je s činjenicom da se tužitelj u državi rezidentnosti ne oporezuje ili se oporezuje niskom poreznom stopom. Usto je porezno opterećenje već smanjeno Ugovorom o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja sklopljenim između Njemačke i Portugala.

111. Stoga, nakon odvagivanja svih tih elemenata, razlozi za opravdanje koji se odnose na očuvanje uravnotežene raspodjele ovlasti oporezivanja u državama članicama, djelotvornu provedbu poreznih zahtjeva i očuvanje usklađenosti portugalskog poreznog sustava prevladavaju u odnosu na tužiteljev interes da ga se kao i rezidentni UCITS oslobodi od poreza na dobit i da istodobno, za razliku od rezidentnog UCITS-a, ne podliježe plaćanju administrativne pristojbe.

#### ***e) Zaključak ispitivanja opravdanja***

112. Slijedom toga, eventualno ograničenje slobodnog kretanja kapitala koje je predviđeno odredbama portugalskog prava promatranim u međusobnoj povezanosti (oporezivanje nerezidentnih UCITS-a porezom na dobit u slučaju da se oporezivanje ne izvrši u inozemstvu u skladu s člankom 14. stavkom 3. Zakonika o porezu na dobit, oslobođenje rezidentnih UCITS-a od poreza na dobit u skladu s člankom 22. Zakona o poreznim pogodnostima uz istodobno oporezivanje skladu sa zakonom o administrativnoj pristojbi) u svakom je slučaju opravdano.

### **VI. Zaključak**

113. Stoga predlažem da se na prethodna pitanja koja je uputio Tribunal Arbitral Tribuário (Arbitražni porezni sud, Portugal) odgovori na sljedeći način:

Članku 63. UFEU-a ne protive se nacionalni propisi u skladu s kojima se za dividende koje isplaćuje društvo rezident plaća porez po odbitku ako se te dividende isplaćuju nerezidentnom subjektu za zajednička ulaganja koji ne podliježe porezu na dobit u državi članici rezidentnosti. To također vrijedi kad te dividende, ako se isplaćuju rezidentnom subjektu za zajednička

ulaganja, ne podliježu porezu na dobit, nego se primjenjuje neka druga metoda oporezivanja koja ima za cilj osigurati da se odgovarajući porez na dobit primijeni tek nakon daljnje raspodjele dividendi ulagatelju i da se umjesto toga dotad primjenjuje kvartalno oporezivanje cjelokupne neto imovine rezidentnog subjekta za zajednička ulaganja.