



Teismo praktikos rinkinys

GENERALINIO ADVOKATO
G. HOGAN IŠVADA,
pateikta 2021 m. vasario 25 d.¹

Sujungtos bylos C-478/19 ir C-479/19

UBS Real Estate Kapitalanlagegesellschaft mbH
prieš
Agenzia delle Entrate

(*Corte suprema di cassazione* (Kasacinis Teismas, Italija) pateiktas prašymas priimti prejudicinį sprendimą)

„Prašymai priimti prejudicinį sprendimą – Įsisteigimo laisvė – EB 43 straipsnio 1 dalis – Laisvas kapitalo judėjimas – EB 56 straipsnio 1 dalis – Hipotekos ir kadastro mokesčiai – Mokesčių lengvatų taikymas tik uždarojo tipo nekilnojamojo turto investiciniams fondams“

I. Įvadas

1. Šiais prašymais priimti prejudicinį sprendimą *Corte suprema di cassazione* (Kasacinis Teismas, Italija) Teisingumo Teismo prašo priimti sprendimą dėl Italijos teisės aktų, kuriuose galimybė per pusę sumažinti hipotekos ir kadastro mokesčius, mokėtinus nekilnojamojo turto investicinių fondų vardu išigyjant komercinės paskirties nekilnojamojo turto, numatyta tik fondams, kuriuos vadinsiu „uždarojo tipo“ nekilnojamojo turto investiciniais fondais, suderinamumo su Sąjungos teise, visų pirma atsižvelgiant į Sutarčių nuostatas dėl laisvo kapitalo judėjimo ir įsisteigimo laisvės. Šiose bylose dar kartą keliami laisvo kapitalo judėjimo apribojimo mokesčių srityje klausimai.

2. Iš tiesų prašymai priimti prejudicinį sprendimą pateikti nagrinėjant *UBS Real Estate Kapitalanlagegesellschaft mbH* (toliau – *UBS Real Estate*), pagal Vokietijos teisę įsteigtos savitarpio investicinių fondų investicinių portfelių valdymo bendrovės, ir *Agenzia delle Entrate* (toliau – Italijos mokesčių administratorius) ginčą. Šiose bylose *UBS Real Estate* ginčija Italijos mokesčių administratoriaus numanomus sprendimus negražinti šios bendrovės valdomiems dviem Vokietijos investiciniams fondams išlaidų, susijusių su hipotekos ir kadastro mokesčiais, kuriuos jie sumokėjo, kai registravo dviejų komercinių kompleksų įsigijimą, dėl to, kad jie negali pasinaudoti mokėtinų hipotekos ir kadastro mokesčių sumažinimu 50 % pagal Dekretą įstatymą Nr. 223/2006, nes yra ne uždarojo, o atvirojo tipo investiciniai fondai.

¹ Originalo kalba: anglų.

II. Teisinis pagrindas

A. Sąjungos teisė

3. Tuo metu, kai klostėsi pagrindinės bylos aplinkybės, Lisabonos sutartis dar nebuvo įsigaliojusi. Taigi, nors kai kurios šalys rėmėsi Sutarties dėl Europos Sąjungos veikimo nuostatomis, kurios yra identiškos anksčiau galiojusioms, vis dėlto reikia remtis Europos bendrijos steigimo sutarties nuostatomis.

4. Šiuo metu ES teisėje išskiriami dvi investavimo subjektų rūšys: kolektyvinio investavimo į perleidžiamus vertybinius popierius subjektai (KIPVPS) ir kolektyvinio investavimo institucijos ir instrumentai, kurie nėra KIPVPS, t. y. alternatyvaus investavimo fondai (AIF), kuriems taikoma 2011 m. birželio 8 d. Direktyva 2011/61/ES dėl alternatyvaus investavimo fondų valdytojų, kuria iš dalies keičiami direktyvos 2003/41/EB ir 2009/65/EB bei reglamentai (EB) Nr. 1060/2009 ir (ES) Nr. 1095/2010 (AIF direktyva)², ir 2013 m. gruodžio 17 d. Deleguotasis reglamentas (ES) Nr. 694/2014, kuriuo papildomos Europos Parlamento ir Tarybos direktyvos 2011/61/ES nuostatos, susijusios su alternatyvaus investavimo fondų valdytojų tipų nustatymo techniniais reguliavimo standartais³.

5. Vis dėlto tuo metu, kai klostėsi pagrindinės bylos aplinkybės, tiek AIF direktyva, tiek Deleguotasis reglamentas Nr. 694/2014 nebuvo taikomi. Nepaisant to, Deleguotasis reglamentas Nr. 694/2014 padeda suprasti, kuo skiriasi uždarojo ir atvirojo tipo fondai.

6. Šis deleguotasis reglamentas buvo priimtas siekiant papildyti [AIF direktyvos] taisykles alternatyvaus investavimo fondų valdytojų (toliau – AIFV) tipų nustatymo techniniais reguliavimo standartais, kad tam tikri direktyvos reikalavimai būtų taikomi vienodai⁴.

7. Reglamento 2 konstatuojamojoje dalyje paaiškinta, kad:

„pageidautina skirti, ar AIFV valdo atvirojo, ar uždarojo, ar abiejų tipų AIF, kad būtų galima AIFV teisingai taikyti [AIF direktyvoje] nustatytas likvidumo valdymo taisykles ir vertinimo procedūras“.

8. Reglamento Nr. 694/2014 3 konstatuojamojoje dalyje nustatyta, kad:

„skiriamasis veiksnys nustatant, ar AIFV valdo atvirojo, ar uždarojo tipo AIF, turėtų būti tas, kad atvirojo tipo AIF atperka arba išperka savo akcijas arba investicinius vienetus iš investuotojų bet kurio iš savo akcininkų arba investicinių vienetų savininkų prašymu prieš prasidedant likvidavimo etapui arba veiklos nutraukimui ir tai daro pagal procedūras ir tokiu dažnumu, kurie nustatyti jo taisyklėse arba steigimo dokumentuose, prospekte ar siūlymo dokumentuose. <...>“

² OL L 174, 2011, p. 1.

³ OL L 183, 2014, p. 18.

⁴ Žr. Reglamento Nr. 694/2014 1 konstatuojamąją dalį.

9. Šio reglamento 1 straipsnio, kuris yra vienintelis materialinio pobūdžio straipsnis, 1–3 dalyse nustatyta:

„1. AIFV gali būti vieno arba abiejų toliau nurodytų tipų:

- atvirojo tipo AIF AIFV;
- uždarojo tipo AIF AIFV.

2. Atvirojo tipo AIF AIFV yra AIFV, kuris valdo AIF, kurio akcijos arba investiciniai vienetai bet kurio iš jo akcininkų arba investicinių vienetų savininkų prašymu yra tiesiogiai arba netiesiogiai atperkami arba išperkami prieš prasidedant likvidavimo etapui arba veiklos nutraukimui iš AIF turto ir pagal procedūras bei tokiu dažnumu, kurie nustatyti jo taisyklėse arba steigimo dokumentuose, prospekte ar siūlymo dokumentuose.

Nustatant, ar AIF yra atvirojo tipo, ar ne, neatsižvelgiama į AIF kapitalo sumažinimą, susijusį su paskirstymu pagal AIF taisykles arba steigimo dokumentus, prospektą ar siūlymo dokumentus, įskaitant paskirstymą, leidžiamą akcininkų arba investicinių vienetų savininkų nutarimu, priimtu pagal tas taisykles arba steigimo dokumentus, prospektą ar siūlymo dokumentus.

Nustatant, ar AIF yra atvirojo tipo, ar ne, neatsižvelgiama į tai, ar dėl AIF akcijų arba investicinių vienetų gali būti deramasi antrinėje rinkoje ir ar jie nėra atperkami ar išperkami.

3. Uždarojo tipo AIF AIFV yra AIFV, kuris valdo AIF, kuris nėra 2 dalyje aprašyto tipo.“

B. Italijos teisė

1. Įstatyminis dekretas Nr. 347/1990

10. *Decreto Legislativo 31 Ottobre 1990, N. 347 relativo alle disposizioni concernenti le imposte ipotecaria e catastale* (1990 m. spalio 31 d. Įstatyminis dekretas Nr. 347 dėl nuostatų, susijusių su transkripcijos ir kadastro mokesčiais, toliau – Įstatyminis dekretas Nr. 347/1990) nustatyta, kad už formalumus, susijusius su transkribavimu (pateiktuose dokumentuose nurodytų duomenų įrašymu į registrą), hipotekos įregistravimu, atnaujinimu ir anotavimu žemės registre, mokamas transkripcijos mokestis. Mokesčio bazę sudaro perleisto arba kaip įnašo perduoto nekilnojamojo turto vertė; nustatytas 1,6 % mokesčio tarifas.

11. Įstatyminiame dekrate Nr. 347/1990 taip pat nustatyta, kad už Žemės registre įregistruotų nuosavybės teisės turėtojo vardo ir pavardės (pavadinimo) arba daiktinių teisių į nekilnojamąjį turtą pakeitimą mokamas registracijos mokestis („imposta catastale“). Šis mokestis, kurio tarifas – 0,4 %, yra proporcingas turto vertei.

2. Ministro dekretas Nr. 228/1999

12. 1999 m. gegužės 24 d. *Decreto ministeriale n. 228, – Regolamento recante norme per la determinazione dei criteri generali cui devono essere uniformati i fondi comuni di investimento* (Ministro dekretas Nr. 228 dėl Bendrųjų kriterijų, kurių turi laikytis bendrieji investiciniai fondai,

nustatymo taisyklių)⁵ nustatyta, kad nekilnojamojo turto fondai yra fondai, kurie išimtinai arba daugiausia investuoja į nekilnojamąjį turtą, teises į nekilnojamąjį turtą ir nekilnojamojo turto bendrovių kapitalo dalis.

3. Dekretas įstatymas Nr. 223/2006

13. 2006 m. liepos 4 d. *Decreto-Legge n. 223 – Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonchè interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale* (Dekretas įstatymas Nr. 223/2006, kuriame nustatomos skubiai įgyvendinamos nuostatos dėl ekonominio ir socialinio atsigavimo, viešųjų išlaidų ribojimo bei racionalizavimo ir priemonių, susijusių su pajamomis ir kova su mokesčių slėpimu)⁶, kuris su tam tikrais pakeitimais 2006 m. rugpjūčio 4 d. Įstatymu Nr. 248 buvo priimtas kaip įstatymas (toliau – Dekretas įstatymas Nr. 223/2006), 35 straipsnio „Priemonės, skirtos kovai su sukčiavimu ir mokesčių slėpimu“ 10-ter dalyje nustatyta:

„Žemės registre nurodytų duomenų ir įrašų keitimo, susijusio su komercinės paskirties nekilnojamojo turto perleidimu <...> atveju, net jeigu taikomas pridėtinės vertės mokestis, kai toks turtas priklauso uždarojo tipo nekilnojamojo turto fondams, kuriems taikomas *decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58* (1998 m. vasario 24 d. Įstatyminis dekretas Nr. 58) (su vėlesniais pakeitimais) pateiktos *testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria* (Finansinio tarpininkavimo nuostatų įstatymo konsoliduota redakcija) 37 straipsnis ir *legge 25 gennaio 1994, n. 86* (1994 m. sausio 25 d. Įstatymas Nr. 86) 14-bis straipsnis, arba finansinės nuomos bendrovėms, arba bankams ir finansų tarpininkams <...> taikant šią nuostatą tik nuomojamo arba nuomai skirto turto pirkimui ir išperkamajai nuomai, hipotekos ir kadastro mokesčių tarifai, atsižvelgiant į 10-bis dalimi padarytus pakeitimus, mažinami per pusę. Ši nuostata taikoma nuo 2006 m. spalio 1 d.“

4. Įstatyminis dekretas Nr. 58/1998

14. 1998 m. vasario 24 d. *Decreto Legislativo N. 58/1998 – Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52* (Įstatyminis dekretas Nr. 58/1998 dėl įstatymų nuostatų dėl finansinio tarpininkavimo konsoliduotos redakcijos pagal 1996 m. vasario 6 d. Įstatymo Nr. 52 8 ir 21 straipsnius)⁷ – redakcija, galiojusi tą dieną, kai buvo įvykdyti abu pagrindinėje byloje aptariami sandoriai – 1 straipsnyje „Apibrėžtys“ nustatyta:

„1. Šiame įstatyminiame dekrate vartojamos sąvokos apibrėžiamos taip:

<...>

- k) atvirojo tipo fondas – investicinis fondas, kurio dalyviai turi teisę bet kada paprašyti išpirkti savo akcijas arba investicinius vienetus pagal fondo veiklos taisykles;
- l) uždarojo tipo fondas – investicinis fondas, kurio dalyviams teisė išpirkti akcijas suteikiama tik suėjus iš anksto nustatytam terminui <...>“

⁵ GURI Nr. 164, 1999 m. liepos 15 d.

⁶ GURI Nr. 153, 2006 m. liepos 4 d.

⁷ GURI Nr. 71, 1998 m. kovo 26 d., paprastasis priedas

15. Pagrindinės bylos aplinkybėms taikomos redakcijos Įstatyminio dekreto Nr. 58/1998 36 straipsnyje „Bendrieji investiciniai fondai“ nustatyta:

„1. Investicinį fondą valdo jį įsteigusi arba kita portfelio valdymo bendrovė. Pastaroji valdo tiek savo, tiek kitų bendrovių įsteigtus fondus.

<...>

3. Dalyvavimo bendrajame fonde ataskaitas reglamentuoja fondo taisyklės. *Banca d'Italia* (Italijos bankas), pasikonsultavęs su [*Commissione Nazionale per le Società e la Borsa* (Nacionalinė bendrovių ir vertybinių popierių biržos komisija, Italija, toliau – *Consob*)], nustato bendruosius kriterijus, pagal kuriuos rengiamos fondo taisyklės, taip pat privalomą jų turinį šalia 39 straipsnio nuostatų.

<...>

6. Kiekvienas bendrasis investicinis fondas arba kiekvienas to paties fondo subfondas sudaro savarankišką portfelį, kuris visais teisiniais tikslais yra atskirtas nuo portfelio valdymo bendrovės ir kiekvieno dalyvio turto, taip pat nuo bet kurio kito tos pačios bendrovės valdomo turto <...>“

16. Pagrindinės bylos aplinkybėms taikomos redakcijos Įstatyminio dekreto Nr. 58/1998 37 straipsnyje „Investicinių fondų struktūra“ nustatyta:

„1. Ekonomikos ir finansų ministras, pasikonsultavęs su Italijos banku ir CONSOB, priima nuostatus, kuriuose nustato bendruosius kriterijus, kuriuos turi atitikti investiciniai fondai, susijusius su:

- a) platinimo tikslu;
- b) investuotojų, kuriems skirtos platinamos akcijos, kategorijomis;
- c) dalyvavimo atvirojo ir uždarojo tipo fonduose sąlygomis, visų pirma akcijų emisijos ir išpirkimo dažnumu, minimaliu pasirašomų akcijų skaičiumi (atitinkamais atvejais) ir taikoma tvarka;
- d) trumpiausia ir ilgiausia trukme (atitinkamais atvejais);
- d-bis) įsigijimui arba nepiniginiamis įnašams fondo sudarymo metu ir vėliau taikomomis sąlygomis, kai fondai išimtinai arba daugiausia investuoja į nekilnojamąjį turtą, teises į nekilnojamąjį turtą ir nekilnojamojo turto bendrovių akcijas.

<...>

2-bis. 1 dalyje nurodytuose nuostatuose taip pat numatyti klausimai, dėl kurių uždarojo tipo fondų dalyviai per susirinkimą priima sprendimus, kurie privalomi portfelio valdymo bendrovei. Be to, susirinkime priimami sprendimai dėl portfelio valdymo bendrovės pakeitimo, prašymo įtraukti į prekybos sąrašą, kai tai nėra numatyta, ir dėl valdymo politikos keitimo <...>“

17. Pagrindinės bylos aplinkybėms taikomos redakcijos Įstatyminio dekreto Nr. 58/1998 39 straipsnyje „Fondo taisyklės“ nustatyta:

„1. Kiekvieno investicinio fondo taisyklėse apibrėžiamas jo pobūdis, reglamentuojama jo veikla, nurodoma bendrovė, kuri yra jo steigėja, valdytojas, jeigu jis nėra bendrovė steigėjas, ir bankas, veikiantis kaip depozitoriumas, šiems subjektams paskirstomos funkcijos ir reglamentuojami esami jų ir dalyvių santykiai.

2. Taisyklėse, be kita ko, nustatoma:

- a) fondo pavadinimas ir veiklos trukmė;
- b) dalyvavimo fonde sąlygos, sertifikatų išleidimo ir galiojimo pasibaigimo, akcijų pasirašymo ir išpirkimo sąlygos, taip pat fondo likvidavimo sąlygos;
- c) pasirinkti investicijas kompetentingi subjektai ir tokių investicijų paskirstymo kriterijai;
- d) turto, finansinių priemonių ir kitų vertybinių popierių, į kuriuos galima investuoti fondo turta, rūšys;

<...>“

III. Pagrindinės bylos faktinės aplinkybės ir prašymas priimti prejudicinį sprendimą

18. *UBS Real Estate* yra investicinių fondų portfelių valdymo bendrovė, turinti buveinę Vokietijoje ir filialą Italijoje. Ji valdo dviejų nekilnojamojo turto investicinių fondų, būtent likviduojamo *UBS (D) 3 Sector Real Estate Europe* (buvęs *UBS(D)3 Kontinente Immobilien*) ir *UBS (D) Euroinvest Immobilien Real Estate Investment Fund* (toliau – UBS fondai), įsteigtų pagal Vokietijos teisę, portfelius⁸.

19. 2006 m. spalio 4 d. *UBS Real Estate* UBS fondų vardu komerciniais tikslais įsigijo du nekilnojamojo turto kompleksus, esančius San Donato Milanesėje, Italijoje. Įregistruodama abiejų nekilnojamojo turto objektų įsigijimą, *UBS Real Estate* Italijos mokesčių administratoriui sumokėjo registracijos mokestį (3 %) ir kadastro mokestį (1 %), kurių suma iš viso sudarė 802 400,00 EUR už vieną nekilnojamojo turto objektą ir 820 900,00 EUR už kitą.

20. Vėliau *UBS Real Estate* sužinojo, kad 2006 m. spalio 1 d. įsigaliojo Dekretas įstatymas Nr. 223/2006. Šiame dekrete įstatyme buvo nustatyta, kad hipotekos ir kadastro mokesčiai už nekilnojamąjį turta, įsigyjamą uždarojo tipo nekilnojamojo turto investicinių fondų, kaip tai suprantama pagal Įstatyminio dekreto Nr. 58/1998 37 straipsnį, vardu, mažinami per pusę.

21. *UBS Real Estate* pateikė Italijos mokesčių administratoriui du prašymus dėl, kaip ji nurodė, dviejų mokesčių permokų, susijusių su kiekvieno nekilnojamojo turto objekto registracija, gražinimo, nes, jos teigimu, atvirojo tipo fondai, kaip antai du aptariami fondai, taip pat turėtų turėti teisę pasinaudoti Dekreto įstatymo Nr. 223/2006 nuostatomis.

⁸ UBS teigimu, tų fondų vienetais Italijoje neprekiuojama.

22. Italijos mokesčių administratorius iš esmės nepriėmė jokių aiškių sprendimų dėl šių dviejų *UBS Real Estate* pateiktų prašymų. Vis dėlto pagal Italijos teisę tai reiškė, kad buvo priimti du numanomi sprendimai atmesti prašymus („silenzio-rifiuto“).

23. Tuomet *UBS Real Estate* pateikė du skundus dėl šių dviejų numanomų sprendimų *Commissione Tributaria Provinciale di Milano* (Milano provincijos mokesčių ginčų komisija, Italija). Šie skundai buvo atmesti motyvuojant tuo, kad Italijos įstatymų leidėjas aiškiai nurodė, jog Dekrete įstatyme Nr. 223/2006 nustatytas mokesčių sumažinimas taikomas tik uždarojo tipo investiciniams fondams.

24. *UBS Real Estate* abu provincijos mokesčių ginčų komisijos sprendimus apskundė *Commissione Tributaria Regionale per la Lombardia* (Lombardijos regiono mokesčių ginčų komisija, Italija).

25. Abu šie apeliaciniai skundai buvo atmesti dviem 2012 m. balandžio 3 d. *Commissione Tributaria Regionale per la Lombardia* (Lombardijos regiono mokesčių ginčų komisija) sprendimais, motyvuojant tuo, kad, atsižvelgiant į įvairius dviejų tipų nekilnojamojo turto fondų (Italijos reglamentuojamo uždarojo tipo fondo ir Vokietijos reglamentuojamo atvirojo tipo fondo) skirtumus, nebuvo pažeista nei ES teisė dėl taikomo skirtingo požiūrio (nes skirtingoms aplinkybėms gali būti taikomos skirtingos mokesčių taisyklės), nei Italijos ir Vokietijos sutarties dėl dvigubo apmokestinimo išvengimo 25 straipsnis (nes nėra aiškios diskriminacijos dėl nacionalinės priklausomybės).

26. Tuomet *UBS Real Estate* dėl šių sprendimų pateikė du kasacinius skundus *Corte Suprema di Cassazione* (Kasacinis teismas). Šiuose kasaciniuose skunduose *UBS Real Estate* ginčijo, be kita ko, Dekreto įstatymo Nr. 223/2006 35 straipsnio 10-ter dalies suderinamumą su dabartinių SESV 18, 49 ir 63 straipsnių nuostatomis. Mokesčių administratorius nesutiko su šiais kasaciniais skundais ir pareiškė priešpriešinį kasacinį skundą.

27. Kasacinius skundus *UBS Real Estate* grindžia, be kita ko, iš esmės tuo, kad regiono mokesčių ginčų komisija pažeidė SESV 49 straipsnį, kai nusprendė, kad skirtingas uždarojo ir atvirojo tipo investicinių fondų mokesstinis vertinimas yra pateisinamas atsižvelgiant į skirtingas situacijas, nors šie skirtumai neturi reikšmės atsižvelgiant į taikomą kriterijų ir į Dekreto įstatymo Nr. 223/2006 35 straipsnio 10-ter dalį.

28. *Corte suprema di cassazione* (Kasacinis Teismas) mano, kad abiejose bylose iš esmės keliamas klausimas, ar atsižvelgiant į šių Italijos reglamentuojamų uždarojo tipo investicinių fondų ir kitos valstybės narės reglamentuojamų atvirojo tipo investicinių fondų skirtumus galima pateisinti skirtingą mokesčių vertinimą.

29. Šiuo klausimu šis teismas pažymi, kad Italijoje nustatyta nekilnojamojo turto investicinių fondų apmokestinimo tvarka pastaraisiais metais buvo daug kartų pakeista siekiant skatinti uždarojo tipo fondų plėtrą, kartu užtikrinant, kad jie nebūtų naudojami siekiant apeiti teisės aktus.

30. Konkrečiai dėl Dekreto įstatymo Nr. 223/2006 35 straipsnio 10-ter dalies *Corte suprema di cassazione* (Kasacinis Teismas) nurodė, kad pagal šį straipsnį mokesčių lengvatą taikant tik uždarojo tipo fondams iš esmės tiesiog siekiama skatinti kolektyvinio investavimo į nekilnojamąjį turtą fondų, kuriems nėra būdinga didelė rizika ir neapibrėžti ketinimai, plėtrą ir apriboti sisteminę riziką nekilnojamojo turto rinkoje krizės atveju. Iš tiesų, kilus krizei nekilnojamojo turto rinkoje, į šio tipo investicinius fondus investavę asmenys paprastai reikalautų išpirkti jų akcijas

anksčiau termino ir taip būtų išnaudotos tokių fondų likvidumo atsargos. Taigi, tokie fondai būtų priversti parduoti dalį įsigyto nekilnojamojo turto už kainą, nesiekiančią jo normaliosios vertės, o tai pagilintų krizę. Todėl būtų geriau skatinti investuoti į uždarojo, o ne atvirojo tipo fondų investicinius vienetus.

31. Šiomis aplinkybėmis *Corte suprema di cassazione* (Kasacinis Teismas) nutarė sustabdyti bylų nagrinėjimą ir kiekvienoje byloje Teisingumo Teismui pateikti po prejudicinį klausimą, kuris abiejose bylose suformuluotas vienodai:

„Ar pagal Sąjungos teisę, o konkrečiai – Sutarties nuostatas dėl įsisteigimo laisvės ir laisvo kapitalo judėjimo, kaip jas aiškina Teisingumo Teismas, draudžiama taikyti nacionalinės teisės nuostatą, kaip antai *Decreto-legge n. 223/2006* (Dekretas įstatymas Nr. 223/2006) 35 straipsnio 10-ter dalies nuostatą (kiek pagal ją hipotekos ir kadastro mokesčių lengvatos taikomos tik uždarojo tipo nekilnojamojo turto investiciniams fondams)?“

32. Vykstant procesui Teisingumo Teismas pateikė Italijos vyriausybei ir *UBS Real Estate* klausimus, kad šios į juos atsakytų raštu. *UBS Real Estate* į šiuos klausimus atsakė, o Italijos vyriausybė to nepadarė, todėl dar reikia patvirtinti tam tikrus su Italijos teisės aktais susijusius aspektus.

IV. Analizė

33. Pirmiausia reikia neužmiršti, kad, pirma, pagal SESV 267 straipsnį per prejudicinio sprendimo priėmimo procedūrą Teisingumo Teismas turi jurisdikciją spręsti tik dėl Sutarčių aiškinimo arba dėl Sąjungos institucijų, įstaigų ar organų aktų galiojimo ir aiškinimo, bet ne dėl tikslaus nacionalinės teisės aktų aiškinimo arba nacionalinės teisės normų atitikties Sąjungos teisės normoms arba dėl visų bylos medžiagoje nurodytų faktinių aplinkybių tikslumo⁹.

34. Atsižvelgiant į tai galima daryti išvadą, kad Teisingumo Teismas neturi jurisdikcijos priimti sprendimo dėl valstybių narių sudarytos tarptautinės sutarties, kaip antai Italijos ir Vokietijos sudarytos sutarties dėl dvigubo apmokestinimo išvengimo, aiškinimo. Kita vertus, kai Teisingumo Teismas priima prejudicinį sprendimą (priešingai nei per pažeidimo tyrimo procedūrą), jo atsakymas visada pateikiamas atsižvelgiant į nacionalinio teismo nurodytas aplinkybes. Tik nacionalinis teismas turi patikrinti, ar pateikta faktinė informacija yra teisinga ir ar todėl prielaida, kuria grindžiamas užduotas klausimas, atitinka pagrindinėje byloje nagrinėjamą situaciją, visų pirma kiek tai susiję su nagrinėjamais teisės aktais siekiamais tikslais¹⁰.

35. Žinoma, Teisingumo Teismas gali atsižvelgti į dviejų valstybių narių sudarytas dvišales sutartis kaip į dalį teisinio konteksto, siekdamas apibrėžti prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo pateiktame klausime nurodytą situaciją ir taip pateikti Sąjungos teisės išaiškinimą, kuris būtų naudingas nacionaliniam teismui, jeigu Teisingumo Teismas neišreiškia nuomonės dėl konkretaus jų aiškinimo¹¹.

⁹ Šiuo klausimu žr. 2015 m. birželio 16 d. Sprendimą *Gauweiler ir kt.* (C-62/14, EU:C:2015:400, 15 punktas) ir 2020 m. birželio 11 d. Sprendimą *Subdelegación del Gobierno en Guadalajara* (C-448/19, EU:C:2020:467, 17 punktas).

¹⁰ Taip juo labiau yra dėl to, kad, kitaip nei per pažeidimo tyrimo procedūrą, šalys neturi jokios įrodinėjimo pareigos, nes prašymo priimti prejudicinį sprendimą teikimo procedūra vyksta tarp teisėjų. Iš tiesų SESV 267 straipsnyje numatyta procedūra nėra grindžiama rungimosi principu, ji yra Teisingumo Teismo ir nacionalinių teismų bendradarbiavimo priemonė, kuria naudodamasis Teisingumo Teismas pateikia nacionaliniams teismams Sąjungos teisės aiškinimą, kurio jiems reikia jų nagrinėjamai bylai išspręsti. Žr. 2011 m. rugsėjo 15 d. Sprendimą *Unió de Pagesos de Catalunya* (C-197/10, EU:C:2011:590, 16 punktas).

¹¹ Šiuo klausimu žr. 2006 m. sausio 19 d. Sprendimą *Bouanich* (C-265/04, EU:C:2006:51, 51 punktas) ir 2017 m. spalio 25 d. Sprendimą *Polbud – Wykonawstwo* (C-106/16, EU:C:2017:804, 27 punktas).

36. Vis dėlto šioje byloje neatrodo, kad ginčijami sprendimai grindžiami Italijos ir Vokietijos sudaryta mokesčių sutartimi, ir nacionalinis teismas jos nenurodo savo dviejuose klausimuose. Šiomis aplinkybėmis nematau jokios priežasties į ją atsižvelgti atsakant į pateiktus klausimus.

37. Antra, kadangi nacionalinio teismo klausimuose daroma nuoroda į kelias judėjimo laisves, pirmiausia būtina nustatyti, kurią iš šių laisvių reglamentuojančios nuostatos yra svarbios.

A. Svarbių Sutarties nuostatų nustatymas

38. Kadangi nacionalinis teismas klausime mini ir EB 43 straipsnyje numatytą įsisteigimo laisvę, ir EB 56 straipsnyje nustatytą laisvą kapitalo judėjimą, pirmiausia būtina nustatyti, ar pagrindinėje byloje ginčijama nacionalinė priemonė patenka į įsisteigimo laisvės, laisvo kapitalo judėjimo arba jų abiejų sritį.

39. Remiantis Teisingumo Teismo jurisprudencija, siekiant nustatyti, ar nacionalinę priemonę apima viena arba daugiau laisvių, reikia atsižvelgti į tokio teisės akto dalyką¹².

40. Kalbant apie tai pažymėtina, kad įsisteigimo laisvę galima apibrėžti kaip laisvę steigti ir perkelti bendrovę kitoje nei kilmės valstybėje narėje tomis pačiomis sąlygomis, kurios taikomos jos rezidentams¹³. Taigi, ši laisvė grindžiama prielaida, kad atitinkamas subjektas ketina vykdyti faktinę ir laiko atžvilgiu neribotą ekonominę veiklą įsteigdamas nuolatinę buveinę¹⁴. Todėl, pavyzdžiui, su pastatu susijusiam ginče įsisteigimo laisve gali remtis tą pastatą įsigiję asmenys, jeigu jie ketina jame vykdyti ekonominę veiklą¹⁵.

41. Nors EB sutartis nepaaiškino sąvokos „kapitalo judėjimas“ – kaip jos nepaaiškina ir dabar galiojanti SESV, – vis dėlto iš suformuotos jurisprudencijos yra aišku, kad 1988 m. birželio 24 d. Direktyva 88/361/EEB dėl Sutarties 67 straipsnio įgyvendinimo¹⁶ kartu su prie jos pridėta nomenklatūra ir aiškinamuoju raštu šiuo požiūriu naudotina kaip gairės¹⁷. Direktyvos 88/361 paaiškinime nurodyta, kad tarpvalstybinį kapitalo judėjimą sudaro, be kita ko, „pastatų ir žemės įsigijimas bei pastatų statyba privačių asmenų pelnui gauti ar asmeniniam naudojimui“. Iš tiesų, kai naudojama teise kitos valstybės narės teritorijoje įsigyti nekilnojamojo turto, jį naudoti ir perleisti, neišvengiamai vyksta kapitalo judėjimas.

42. Iš to išplaukia, kad bet kuri nacionalinė priemonė, reglamentuojanti nerezidentų investicijas į nekilnojamąjį turtą valstybės narės teritorijoje, beveik neišvengiamai gali turėti įtakos ir įsisteigimo laisvei, ir laisvam kapitalo judėjimui¹⁸.

¹² 2011 m. vasario 10 d. Sprendimas *Haribo Lakritzten Hans Riegel ir Österreichische Salinen* (C-436/08 ir C-437/08, EU:C:2011:61, 34 punktas).

¹³ Šiuo klausimu žr., pavyzdžiui, 1986 m. sausio 28 d. Sprendimą *Komisija / Prancūzija* (270/83, EU:C:1986:37, 14 punktas), 1988 m. liepos 7 d. Sprendimą *Stanton ir L'Étoile 1905* (143/87, EU:C:1988:378, 11 punktas) ir 2017 m. spalio 25 d. Sprendimą *Polbud – Wykonawstwo* (C-106/16, EU:C:2017:804, 33 punktas). Mano nuomone, pakanka, kad tame pačiame teisės akte nerezidentams numatyta galimybė pasirinkti būti apmokestintiems rezidentams taikytina tvarka. Tokiu atveju nerezidentai gali nuspręsti pasirinkti šią arba kitą tvarką, kuri, atsižvelgiant į jų padėtį, gali būti daugiau arba mažiau palanki.

¹⁴ Žr., pavyzdžiui, 2016 m. vasario 23 d. Sprendimą *Komisija / Vengrija* (C-179/14, EU:C:2016:108, 148–150 punktai) ir 2018 m. lapkričio 14 d. Sprendimą *Memoria ir Dall'Antonia* (C-342/17, EU:C:2018:906, 44 punktas).

¹⁵ Šiuo klausimu žr. 2010 m. sausio 21 d. Sprendimą *SGI* (C-311/08, EU:C:2010:26, 38 punktas).

¹⁶ OL L 178, 1988, p. 5; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 10 sk., 1 t., p. 10. Šia tebegaliojančia direktyva buvo visiškai liberalizuotas kapitalo judėjimas ir ji buvo pirmasis pinigų sąjungos etapas. Žr. 1995 m. vasario 23 d. Sprendimą *Bordessa ir kt.* (C-358/93 ir C-416/93, EU:C:1995:54, 17 punktas).

¹⁷ 2006 m. vasario 23 d. Sprendimas *van Hilten-van der Heijden* (C-513/03, EU:C:2006:131, 39 punktas).

¹⁸ Šiuo klausimu žr. 1999 m. birželio 1 d. Sprendimą *Konle* (C-302/97, EU:C:1999:271, 22 punktas).

43. Vis dėlto pagal suformuotą jurisprudenciją prašymas priimti prejudicinį sprendimą pateikiamas ne dėl to, kad būtų suformuluotos patariamiosios nuomonės bendro pobūdžio arba hipotetiniais klausimais, o dėl to, kad reikia veiksmingai išspręsti ginčą¹⁹. Todėl siekiant nustatyti, kuria laisve turėtų būti grindžiamas atsakymas į prejudicinį klausimą, būtina atsižvelgti ir į pagrindinėje byloje nagrinėjamo ginčo struktūrą. Iš tiesų tai, kad nacionalinė priemonė gali daryti poveikį dviem laisvėms, nebūtinai reiškia, kad ieškovas pagrindinėje byloje gali remtis šiomis dviem laisvėmis. Todėl tuo atveju, kai nacionalinė priemonė gali būti susijusi su dviem laisvėmis, atitinkama priemonė turi būti išnagrinėta atsižvelgiant tik į vieną iš šių dviejų laisvių, jeigu iš bylos aplinkybių paaiškėja, kad ieškovas gali remtis tik viena iš jų²⁰.

44. Atsižvelgiant į šios bylos medžiagą atrodo, kad joje nagrinėjamu atveju du fondai, kurie įsigijo du aptariamus komercinius kompleksus, tai padarė veikiau siekdami pasyviai investuoti, o ne įsteigti verslą aptariamuose nekilnojamojo turto objektuose arba juos kitaip naudoti. Galima padaryti išvadą, kad pareiškėja pagrindinėje byloje pasinaudojo ne įsisteigimo laisve, o tik teise į laisvą kapitalo judėjimą²¹. Taigi, kaip nurodė Komisija, tariamas skirtingas vertinimas turi būti nagrinėjamas tik laisvo kapitalo judėjimo atžvilgiu.

45. Vis dėlto tam, kad būtų taikomos bet kurios judėjimo laisvės, susijusios su vidaus rinka, turi būti tenkinamos dvi sąlygos: pirma, visi pagrindinės bylos elementai neturi būti susiję tik su viena valstybe nare²²; antra, sritis, kuriai taikoma nacionalinė priemonė, kurios atitikties Sąjungos teisei ginčijama, dar neturi būti visiškai suderinta²³.

46. Šiuo atveju pirmoji sąlyga akivaizdžiai įvykdyta, nes pareiškėja veikia dviejų kitos valstybės narės teisės reglamentuojamų fondų naudai. Kiek tai susiję su antrąja sąlyga, t. y. su tuo, ar sritis, kuriai taikoma pagrindinėje byloje nagrinėjama priemonė, yra visiškai suderinta Sąjungos lygmeniu, reikia atsižvelgti ne į fondų vykdomą veiklą, o į tos priemonės pobūdį ir poveikį.

47. Čia galima pažymėti, kad, kadangi Dekreto įstatymo Nr. 223/2006 35 straipsnis taikomas nekilnojamojo turto perdavimui ir perleidimui komerciniais tikslais ir kadangi juo siekiama suteikti mokestinę naudą, ši nuostata priskirtina prie nekilnojamojo turto mokesčių teisės. Akivaizdu, kad Sąjungos teisėje nėra suderintos mokesčių teisės nuostatos, taikytinos nekilnojamojo turto sandoriams, įskaitant atvejus, kai, kaip šioje byloje aptariamam atveju, juos vykdo „uždarojo tipo“ nekilnojamojo turto fondas.

48. Šiomis aplinkybėmis siūlau nagrinėjamus nacionalinės teisės aktus analizuoti atsižvelgiant tik į laisvą kapitalo judėjimą, nustatytą EB 56 straipsnyje (dabar – SESV 63 straipsnis).

¹⁹ Žr., pavyzdžiui, 2018 m. gruodžio 10 d. Sprendimą *Wightman ir kt.* (C-621/18, EU:C:2018:999, 28 punktą).

²⁰ Šiuo klausimu žr. 2008 m. birželio 26 d. Sprendimą *Burda* (C-284/06, EU:C:2008:365, 68 ir 69 punktai), 2009 m. birželio 18 d. Sprendimą *Aberdeen Property Fininvest Alpha* (C-303/07, EU:C:2009:377, 34 ir 35 punktai) ir 2020 m. balandžio 30 d. Sprendimą *Société Générale* (C-565/18, EU:C:2020:318, 19 punktą). Taikytinos (-ų) laisvės (-ių) nustatymas gali turėti praktinę reikšmę, nes įsisteigimo laisvė patenka į 2006 m. gruodžio 12 d. Direktyvos 2006/123/EB dėl paslaugų vidaus rinkoje (OL L 376, 2006, p. 36) taikymo sritį.

²¹ Tiesa, 1989 m. gegužės 30 d. Sprendime *Komisija / Graikija* (305/87, EU:C:1989:218) Teisingumo Teismas nagrinėjo kitų valstybių narių piliečių sudaromų teisinių dokumentų dėl Graikijos pasienio regionuose esančio nekilnojamojo turto reglamentavimą įsisteigimo laisvės atžvilgiu. Vis dėlto pažymėtina, kad ta byla susijusi su ieškiniu dėl išpareigojimų neįvykdymo, o ne su prašymu priimti prejudicinį sprendimą. Nagrinėjant prašymą priimti prejudicinį sprendimą, siekiant nustatyti nagrinėjamą laisvę reikia atsižvelgti į šalių padėtį (todėl, be kita ko, klausimas, ar ginčas yra vidaus ginčas, ar ne, turi lemiamą reikšmę vertinant klausimo priimtinumą). Vis dėlto, nagrinėdamas ieškinį dėl išpareigojimų neįvykdymo, Teisingumo Teismas bet kuriuo atveju priima sprendimą dėl teisės akto suderinamumo su Sąjungos teise. Byloje *Komisija / Graikija* (305/87, EU:C:1989:218) išnagrinėtu atveju, atsižvelgiant į ginčijamų teisės aktų tikslus ir turinį, šie teisės aktai galėjo būti taikomi ir paprastiems investuotojams, ir asmenims, norintiems įsisteigti panaudojant aptariamą nekilnojamąjį turą.

²² Žr. 2016 m. lapkričio 15 d. Sprendimą *Ullens de Schooten* (C-268/15, EU:C:2016:874, 47 punktą)

²³ Šiuo klausimu žr., pavyzdžiui, 2014 m. spalio 16 d. Sprendimą *Komisija / Vokietija* (C-100/13, nepaskelbtas Rink., EU:C:2014:2293, 62 punktą).

B. Dėl apribojimo buvimo

1. Dėl taikytino kriterijaus

49. Pirmiausia reikia priminti, kad tiesioginių mokesčių klausimus ir toliau pirmiausia paliekama spręsti valstybėms narėms, kurios gali laisvai nustatyti, kaip pačios mano, tinkamiausią apmokestinimo sistemą. Jos savo nuožiūra nustato savo kompetencijos mokesčių srityje apimtį ir pagrindinius savo mokesčių sistemos principus. Atsižvelgiant į dabartinę nacionalinės mokesčių teisės derinimo būklę, valstybės narės gali laisvai nustatyti apmokestinimo sistemą, kuri, kaip jos mano, yra tinkamiausia²⁴.

50. Šiomis aplinkybėmis šios judėjimo laisvės neturėtų būti suprantamos taip, kad valstybė narė savo mokesčių teisės nuostatas privalo derinti su kitų valstybių narių nuostatomis, kad visais atvejais būtų panaikinti skirtumai²⁵. Taigi, nepalankumas, galintis kilti dėl to, kad įvairios valstybės narės paraleliai įgyvendina savo kompetenciją mokesčių srityje, savaime nėra laisvo kapitalo judėjimo apribojimai²⁶. Jeigu taip tikrai būtų, būtų nepagrįstai apribotos galimybės valstybėms narėms rinkti mokesčius. Šiomis aplinkybėmis reikia pripažinti, kad kvaziapribojimai, atsiradę dėl to, kad vienu metu veikia dvi apmokestinimo sistemos, nepatenka į Sutarties taikymo sritį²⁷.

51. Vis dėlto valstybės narės privalo naudotis savo apmokestinimo kompetencija nepažeisdamos judėjimo laisvės – tai reiškia, kad 2006 m. jos privalėjo nustoti priimti priemones, draudžiamas pagal EB 56 straipsnio 1 dalį (dabar – SESV 63 straipsnio 1 dalį)²⁸.

52. Teisingumo Teismas, sprenddamas apmokestinimo klausimus, paprastai laikosi griežtesnio požiūrio nei kitose srityse, kai reikia įvertinti, ar gerbiama judėjimo laisvė. Vis dėlto kitose srityse Teisingumo Teismas nusprendžia, kad apribojimas egzistuoja, jei nagrinėjami nacionalinės mokesčių teisės aktai tiesiog atgrasė nuo tarpvalstybinių sandorių, pažymėtina, jog vien tai, kad veikla ar sandoris apmokestinamas mokesčiu, padaro jį neišvengiamai mažiau patrauklų. Todėl, kad nebūtų nepagrįstai apribotos galimybės valstybėms narėms rinkti mokesčius, Teisingumo Teismas yra iš esmės nusprendęs, jog tam, kad tokią apmokestinimo priemonę šiuo požiūriu būtų galima laikyti apribojimu, ji taip pat turi tiesiogiai arba netiesiogiai

²⁴ Žr. 2020 m. kovo 3 d. Sprendimą *Vodafone Magyarország* (C-75/18, EU:C:2020:139, 49 punktas). Pagal Sąjungos teisę valstybės narės neprivalo tarpusavyje konsultuotis, siekdamos išvengti tų pačių pajamų dvigubo apmokestinimo arba, atvirkščiai, situacijų, kai tam tikros pajamos lieka visiškai neapmokestintos. Žr. 2016 m. gegužės 26 d. Sprendimą *NN (L) International* (C-48/15, EU:C:2016:356, 47 punktas) arba 2011 m. vasario 10 d. Sprendimą *Haribo Lakritzen Hans Riegel ir Österreichische Salinen* (C-436/08 ir C-437/08, EU:C:2011:61, 169–172 punktai).

²⁵ Žr., pavyzdžiui, 2020 m. vasario 27 d. Sprendimą *AURES Holdings* (C-405/18, EU:C:2020:127, 32 punktas).

²⁶ 2009 m. liepos 16 d. Sprendimas, *Damseaux* (C-128/08, EU:C:2009:471, 27 punktas).

²⁷ Šiuo klausimu žr. 2006 m. lapkričio 14 d. Sprendimą *Kerckhaert ir Morres* (C-513/04, EU:C:2006:713, 20 punktas) ir generalinio advokato L. A. Geelhoed išvadą byloje *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation* (C-374/04, EU:C:2006:139, 39 punktas).

²⁸ Žr., pavyzdžiui, 2006 m. rugsėjo 12 d. Sprendimą *Cadbury Schweppes ir Cadbury Schweppes Overseas* (C-196/04, EU:C:2006:544, 40 punktas).

diskriminuoti tarpvalstybinį investuotoją²⁹. Taigi, Teisingumo Teismas reikalauja, kad iš principo tam, kad priemonę galima būtų pripažinti nesuderinama su Sąjungos teise, turi būti taikomas panašumo kriterijus³⁰.

53. Apskritai priemonė turi būti laikoma diskriminacine, jeigu ja siekiama skirtingai vertinti panašias situacijas arba, atvirkščiai, vienodai vertinti skirtingas situacijas arba jeigu ją taikant atsiranda tokių pasekmių³¹.

54. Kadangi judėjimo laisvių tikslas yra užbaigti vidaus rinkos kūrimą, iš pradžių Teisingumo Teismas taikė specifinę apibrėžtį šioje srityje. Iš tiesų, kai Sutartis draudžia taikyti tam tikrą kriterijų, tiesioginė diskriminacija atsiranda, kai, remiantis tuo kriterijumi, su asmeniu akivaizdžiai elgiamasi mažiau palankiai. Netiesioginė diskriminacija yra tada, kai taikomas kriterijus iš pažiūros atrodo neutralus, nors faktiškai draudžiamą kriterijų atitinkantys asmenys atsiduria blogesnėje padėtyje nei kiti asmenys³². Remdamasis šiuo požiūriu, kiek tai susiję su naudojimu judėjimo laisve, įskaitant laisvą kapitalo judėjimą, Teisingumo Teismas manydavo, kad tiesioginė diskriminacija yra tada, kai priemonė numato skirtingą požiūrį atsižvelgiant į nacionalinę priklausomybę, o netiesioginė diskriminacija atsiranda, kai, nors priemonė yra grindžiama kitais kriterijais, kaip antai gyvenamąja arba buveinės vieta, faktiškai ja pasiekiamas toks pats rezultatas³³.

55. Vis dėlto svarbu pažymėti, kad šiuo metu jau apie dešimtmetį Teisingumo Teismas labai dažnai (bet ne visada) remiasi³⁴ diskriminacijos sąvokos bendrąja apibrėžtimi, nurodyta šios išvados 53 punkte, ir dėl to gali kilti keletas klausimų.

56. Pirmiausia, sunku neatkreipti dėmesį į tai, kad šis bendresnis požiūris galėtų lemti paradoksalią rezultatą – jeigu teisės aktu siekiama akivaizdžiai diskriminacinio tikslo, jokia diskriminacija nebūtų nustatyta, nes, atsižvelgiant į šį tikslą, nagrinėjamos situacijos turėtų būti laikomos skirtingomis.

²⁹ Šiuo klausimu žr. 2007 m. gruodžio 6 d. Sprendimą *Columbus Container Services* (C-298/05, EU:C:2007:754, 53 punktas) ir 2016 m. gegužės 26 d. Sprendimą *NN (L) International* (C-48/15, EU:C:2016:356, 47 punktas). Aišku, remiantis keliais sprendimais „SESV [56] straipsnio 1 dalimi draudžiamos priemonės kaip kapitalo judėjimo apribojimai *apima* priemonės, kurios pagal savo pobūdį gali atgrasyti nerezidentus investuoti valstybėje narėje arba šios valstybės narės rezidentus atgrasyti investuoti kitoje valstybėje narėje“. Pavyzdžiui, žr. 2012 m. gegužės 10 d. Sprendimą *Santander Asset Management SGIC ir kt.* (C-338/11–C-347/11, EU:C:2012:286, 15 punktas), pažymėta mano. Vis dėlto tai nereiškia, kad jei priemonė turi tokį atgrasomąjį poveikį, ji turi būti laikoma apribojimu. Žr. to paties sprendimo 23 ir 39 punktus.

³⁰ Generalinė advokatė J. Kokott pasiūlė atsisakyti nediskriminavimo kriterijaus ir ragino verčiau sprendžiant mokesčių klausimus taikyti tuos pačius kriterijus, kurie taikomi kitose srityse. Vis dėlto, kiek tai susiję su šiuo klausimu, Teisingumo Teismas nesivadovavo jos išvada. Žr., generalinės advokatės J. Kokott išvadą byloje *Nordea Bank* (C-48/13, EU:C:2014:153, 22 punktas) ir 2014 m. liepos 17 d. Sprendimą *Nordea Bank Danmark* (C-48/13, EU:C:2014:2087, 23 ir 24 punktai).

³¹ Žr., pavyzdžiui, 2014 m. kovo 13 d. Sprendimą *Bouanich* (C-375/12, EU:C:2014:138, 45 punktas) ir 2020 m. balandžio 30 d. Sprendimą *Société Générale* (C-565/18, EU:C:2020:318, 24 ir 25 punktai).

³² Žr., generalinio advokato N. Wahl išvadą byloje *Austrija / Vokietija* (C-591/17, EU:C:2019:99, 42 punktas). Šiuo klausimu taip pat žr. 2006 m. liepos 5 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyvos 2006/54/EB dėl moterų ir vyrų lygių galimybių ir vienodo požiūrio į moteris ir vyrus užimtumo bei profesinės veiklos srityje principo įgyvendinimo (OL L 204, 2006, p. 23) 2 straipsnio 1 dalį.

³³ Žr., pavyzdžiui, 1995 m. vasario 14 d. Sprendimą *Schumacker* (C-279/93, EU:C:1995:31, 26–29 punktai), 2011 m. sausio 20 d. Sprendimą *Komisija / Graikija* (C-155/09, EU:C:2011:22, 46 punktas), 2015 m. lapkričio 19 d. Sprendimą *Hirvonen* (C-632/13, EU:C:2015:765, 28 punktas) ir 2020 m. birželio 18 d. Sprendimą *Komisija / Vengrija (Asociacijų skaidrumas)* (C-78/18, EU:C:2020:476, 62 punktas). Šis požiūris atitinka jurisprudenciją, pagal kurią judėjimo laisvės yra tam tikri EB 12 straipsnyje (dabar – SESV 18 straipsnyje) numatyto nediskriminavimo dėl pilietybės principo variantai, todėl, kai taikomos šios laisvės, šios nuostatos nereiškia taikyti savarankiškai. Žr., pavyzdžiui, 2010 m. sausio 21 d. Sprendimą *SGI* (C-311/08, EU:C:2010:26, 31 punktas).

³⁴ Naujausią pirmojo požiūrio taikymo pavyzdį galima rasti 2020 m. kovo 3 d. Sprendime *Tesco-Global Áruházak* (C-323/18, EU:C:2020:140, 62 punktas).

57. Antra, neatrodo, kad šis požiūris yra visiškai suderinamas su tuo, kurio taip pat laikomasi kai kuriuose tokiuose pačiuose sprendimuose ir pagal kurių situacijų panašumas išnagrinėjamas pateisinimo etape, nors pagal diskriminacijos sąvokos bendrąją apibrėžtį nagrinėjamos situacijos panašumas patenka į pačią diskriminacijos sąvokos apibrėžtį³⁵.

58. Trečia, kadangi panašumą reikia vertinti atsižvelgiant į nagrinėjamo teisės aktu siekiamus tikslus, prieš atliekant palyginimą logiška pirmiausia išnagrinėti, ar siekiamas tikslas yra leistinas. Tokiu atveju gali kilti klausimas, ką dar reikia išnagrinėti pateisinimo etape.

59. Manau, jog, kad ir kokio požiūrio būtų laikomasi, tiesioginės diskriminacijos, t. y. diskriminacijos atsižvelgiant į tikslą, atveju paprastai nereikia vertinti, ar nagrinėjamos situacijos yra iš esmės panašios, nes panašumą galima preziumuoti.

60. Dėl etapo, kuriame turi būti atliktas palyginimas, pažymėtina, kad su šiuo klausimu susijusioje jurisprudencijoje ne visada labai aiškiai atskiriami skirtingi vertinimo (t. y. ar priemonė yra apribojimas ir, jeigu taip yra, ar ji objektyviai pateisinama) etapai, o veikia bendrai nagrinėjama, ar priemonė prieštarauja Sutartims³⁶. Bet kuriuo atveju, net jeigu toks vertinimas metodologiniu požiūriu gali būti laikomas netinkamu, pažymiu, kad prejudicinio sprendimo priėmimo procedūros aplinkybėmis etapas, kuriame nagrinėjamas panašumas, neturi jokios praktinės reikšmės, žinoma, su sąlyga, kad šis klausimas išnagrinėjamas³⁷.

61. Galiausiai, dėl tikslų, į kuriuos reikia atsižvelgti nagrinėjant atitinkamai panašumą ir pateisinimą, manau, kad visos dėl to galinčios kilti abejonės gali būti lengvai išsklaidytos. Lyginant svarbus būtent *mokestinės naudos arba nepalankaus apmokestinimo, kurio taikymas ginčijamas, tikslas*, o galimo pateisinimo nagrinėjimo etape turi būti atsižvelgta į tuos tikslus, kurių *šioje priemonėje specialiai siekiama taikant kriterijų, dėl kurio ši priemonė buvo taikyta arba, atsižvelgiant į situaciją, ją buvo atsisakyta taikyti* nagrinėjamai tarpvalstybinei situacijai arba sandoriui³⁸.

62. Mano nuomone, šiuo požiūriu kalbant apie situacijų panašumo nagrinėjimą – ar jis laikomas apribojimo sąvokos apibrėžimo sąlyga, ar pateisinimu – reikia neužmiršti, kad panašumo kriterijus, taikomas siekiant nustatyti, ar skirtingas vertinimas, atsirandantis taikant nagrinėjamus teisės aktus, atspindi objektyvų tam tikrų situacijų skirtumą, priklauso nuo aptariamais teisės aktais siekiamų tikslų³⁹.

³⁵ Žinoma, EB 58 straipsnio 1 dalies a punkte (dabar – SESV 65 straipsnio 1 dalies a punktas) nustatyta, kad „56 straipsnio nuostatos nepažeidžia valstybių narių teisės <...> taikyti atitinkamas savo mokesčių įstatymų nuostatas, pagal kurias skiriami mokesčių mokėtojai dėl jų skirtingos padėties gyvenamosios vietos arba kapitalo investavimo vietos atžvilgiu“. Vis dėlto, kaip paaiškinau savo išvadoje byloje *E (KIPVPS išmokėtos pajamos)* (C-480/19, EU:C:2020:942), žodžiai „nepažeidžia valstybių narių teisės“ reiškia ne tai, kad nustatyta išimtis, o veikia tai, kad valstybės narės gali prirėkus nerezidentams nustatyti skirtingas taisykles. Taigi, manau, kad EB 56 straipsnio 1 dalies a punkte, visų pirma siejamame su šio straipsnio 3 dalimi, kiek tai susiję su gyvenamosios vietos kriterijumi, tiesiog primenama, kokiu atveju tokio kriterijaus (nors jis yra lygiavertis pilietybės kriterijui) taikymas yra suderinamas su Sąjungos teise, t. y. tokios valstybės narės gali skirtingai vertinti asmenis remdamosi šiuo kriterijumi, jeigu tai nėra savavališka diskriminacijos priemonė arba užslėptas apribojimas – tokiu atveju taikomas kriterijus yra pateisinamas (savavališka diskriminacija) ir, atsižvelgiant į šį pateisinimą, toks skirtingas vertinimas neatrodo nesuderinamas (užslėpta diskriminacija). Kaip sprendimo, kuriame situacijos lyginamos priemonės kvalifikavimo kaip apribojimo etape, pavyzdį žr. 2014 m. sausio 23 d. Sprendimą *DMC* (C-164/12, EU:C:2014:20, 42 punktas).

³⁶ Žr., pavyzdžiui, 2020 m. balandžio 30 d. Sprendimą *Société Générale* (C-565/18, EU:C:2020:318, 26 punktas).

³⁷ Vis dėlto šis klausimas gali būti svarbus nagrinėjant ieškinį dėl įsipareigojimų neįvykdymo, nes pareiga įrodyti apribojimą tenka Komisijai, o pateisinimą – valstybei narei.

³⁸ Šiuo klausimu žr. 2019 m. lapkričio 13 d. Sprendimą *College Pension Plan of British Columbia* (C-641/17, EU:C:2019:960, 65 ir 66 punktai) ir 2014 m. sausio 23 d. Sprendimą *DMC* (C-164/12, EU:C:2014:20, 42 punktas). Kartais tie tikslai gali būti identiški.

³⁹ Žr., pavyzdžiui, 2012 m. gegužės 10 d. Sprendimą *Santander Asset Management SGIIC ir kt.* (C-338/11–C-347/11, EU:C:2012:286, 28 punktas) ir 2016 m. birželio 2 d. Sprendimą *Pensioenfonds Metaal en Techniek* (C-252/14, EU:C:2016:402, 49 punktas).

63. Šiomis aplinkybėmis taip pat svarbu prisiminti, kad *vien* aplinkybės, jog subjektui, kuriam taikoma užsienio teisė ir kurio teisinė forma nežinoma priimančiojoje valstybėje narėje, nesuteikiama tam tikra mokestinė nauda, numatyta kitų kategorijų subjektams, nepakanka norint įrodyti, kad nagrinėjama teisės akte nustatytas nepateisinamas laisvo kapitalo judėjimo apribojimas. Tokia taisyklė gali visiškai atitikti kitą tokios valstybės narės pasirinkimą, t. y. apmokestinti paskirstytą pelną atsižvelgiant į jį paskirsčiusio subjekto teisinį statusą, o ne, pavyzdžiui, į vykdomos veiklos pobūdį⁴⁰. Pavyzdžiui, kaip paaškinau išvadoje byloje *E (KIPVPS išmokėtos pajamos)* (C-480/19, EU:C:2020:942), valstybė narė gali visiškai pagrįstai taikyti dividendų apmokestinimo tvarką juridinio asmens statusą turinčių fondų paskirstomoms pajamoms, net jeigu atitinkamoje valstybėje narėje neleidžiama steigti tokios formos fondų.

64. Vis dėlto būtų klaidinga atmesti bet kokią netiesioginės diskriminacijos grėsmę, net jeigu užsienio subjektai gali atitikti tam tikrą kriterijų. Iš tiesų, kai taikant tam tikrą kriterijų išskiriama tik dalis užsienio subjektų – pavyzdžiui, tie, kurie yra pasirinkę tam tikrą juridinio asmens formą, – tai, kad sąlygos arba sąlygų, kurias būtina įvykdyti siekiant gauti mokestinės naudos, greičiausiai neatitiktų tik tokie užsienio subjektai, vis dėlto gali sukelti abejonių dėl nacionalinės teisės aktų leidėjo tikrųjų ketinimų⁴¹.

65. Todėl tokiu atveju ypač svarbu išnagrinėti tokių užsienio subjektų situacijos panašumą siekiant įvertinti, ar šio kriterijaus pasirinkimas atitinka nacionalinės teisės logiką, taigi, ar tai, kad tik užsienio subjektai negali atitikti šio kriterijaus, yra tiesiog valstybės narės pasirinkimo nenumatyti šios konkrečios teisinės formos pasekmė, ar, priešingai, tai yra netiesioginis būdas sudaryti palankesnes sąlygas nacionalinėms įmonėms.

66. Galiausiai reikia neužmiršti, kad skirtingas požiūris gali būti suderinamas su Sąjungos teise, jeigu tiesioginės diskriminacijos atveju jis pateisinamas vienu iš Sutartyje aiškiai nustatytų pagrindų⁴², o netiesioginės diskriminacijos atveju – ir privalomaisiais bendrojo intereso pagrindais ir jeigu abiem atvejais tokia nacionalinės teisės priemonė yra tinkama atitinkamo tikslo įgyvendinimui užtikrinti ir neviršija to, kas būtina šiam tikslui pasiekti⁴³.

67. Į prašymus priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo klausimą siūlau atsakyti atsižvelgiant į būtent tai, kas išdėstyta.

2. Taikymas

68. Pirmiausia pažymėtina, kad Dekreto įstatymo Nr. 223/2006 35 straipsnio 10-ter dalyje numatyta galimybė sumažinti transkripcijos ir registracijos mokesčių tarifą, kai įvykdomos *dvi konkrečios sąlygos*, t. y. pirma, pareiškėjas turi būti uždarojo tipo nekilnojamojo turto fondas ir, antra, jam turi būti taikomas Įstatyminio dekreto Nr. 58/1998 37 straipsnis.

⁴⁰ Tiesa, 2009 m. birželio 18 d. Sprendimo *Aberdeen Property Fininvest Alpha* (C-303/07, EU:C:2009:377) 50 punkte Teisingumo Teismas nusprendė, kad „aplinkybė, jog [valstybės narės] teisėje nėra bendrovių tipo, kurio teisinė forma būtų identiška [numatyta nagrinėjamoje teisėje], negali savaime pateisinti skirtingo vertinimo, nes valstybių narių bendrovių teisė nėra visiškai suderinta [Sąjungos] lygiu, ir tai apriboja įsisteigimo laisvės veiksmingumą“. Vis dėlto Teisingumo Teismas nepadarė išvados, jog apribojimas egzistuoja vien dėl to, kad nacionalinėje teisėje nėra šios teisinės formos, o tik nurodė, kad ši aplinkybė *pati savaime* nėra *pateisinimas*. Siekiant nustatyti apribojimą svarbu tai, kad, atsižvelgiant į nagrinėjama priemonė siekiamus tikslus ir taikomus mokesčių principus, tokios formos bendrovė turėjo būti vertinama taip pat kaip ir kitos nacionalinėje teisėje numatytos formos bendrovė.

⁴¹ Šiuo klausimu žr. 2014 m. spalio 9 d. Sprendimą *van Caster* (C-326/12, EU:C:2014:2269, 36 ir 37 punktai) ir 2017 m. birželio 8 d. Sprendimą *Van der Weegen ir kt.* (C-580/15, EU:C:2017:429, 29 punktas).

⁴² Dėl mokesčių priemonių žr. generalinio advokato A. Tizzano išvadą byloje *SEVIC Systems* (C-411/03, EU:C:2005:437, 55 punktas) arba apskritai 1997 m. gegužės 7 d. Sprendimą *Pistre ir kt.* (C-321/94–C-324/94, EU:C:1997:229, 52 punktas).

⁴³ Žr., pavyzdžiui, 2019 m. vasario 26 d. Sprendimą *X (Trečiosiose šalyse įsteigtos tarpinės bendrovės)* (C-135/17, EU:C:2019:136, 70 punktas).

69. Nors šioje byloje prašymus priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismo užduotas klausimas susijęs tik su pirmąja sąlyga, siūlau pasinaudoti galimybe pateikti kelias pastabas dėl antrosios sąlygos. Iš tiesų, visais atvejais atsižvelgiant į tai, kad, kaip jau minėjau, savo nacionalinius teisės aktus galiausiai turi išaiškinti prašymus priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas, pažymiu, kad kadangi šios dvi sąlygos yra skirtingos, atsisakymą taikyti mokesčio tarifo sumažinimą 50 % abiem aptariamoms nekilnojamojo turto fondams galima pateisinti remiantis kiekviena iš jų atskirai.

a) Dėl Dekreto įstatymo Nr. 223/2006 35 straipsnio 10-ter dalyje nustatytos antrosios sąlygos

70. Pareiškėja tvirtina, kad *antroji sąlyga* reiškia tiesioginę diskriminaciją, nes pagal ją Dekreto įstatymo Nr. 58/1998 37 straipsnis taikomas *tik Italijos teisės reglamentuojamiems fondams*.

71. Nors atsižvelgiant į prašymus priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismo pateiktą informaciją neaišku, kokia iš tiesų buvo Įstatyminio dekreto Nr. 58/1998 37 straipsnio taikymo sritis tuo metu, kai klostėsi bylos aplinkybės⁴⁴, svarbu pabrėžti, kad, jeigu paaiškėtų, jog ši nuostata taikoma tik pagal Italijos teisę įsteigtiems fondams (įsteigtiems pagal įstatymus) arba tiems fondams, kurių sutarčiai taikoma Italijos teisė (sutartinės formos fondams), arba tiems, kurių valdymo bendrovė yra įsteigta Italijoje (toliau – fondai, kuriems taikoma Italijos teisė), antroji sąlyga *reikštų* tiesioginę diskriminaciją. Iš tiesų šiomis aplinkybėmis Dekreto įstatymo Nr. 223/2006 35 straipsnio 10-ter dalyje daroma nuoroda į Įstatyminio dekreto Nr. 58/1998 37 straipsnį visiškai prilygtų fondo nacionalinės priklausomybės kriterijaus, kurį turi atitikti subjektas tam, kad jam būtų taikoma to dekreto įstatymo 35 straipsnio 10-ter dalis, nustatymui⁴⁵.

72. Kaip jau paaiškinau, tiesioginė diskriminacija gali būti pateisinama tik vienu iš Sutartyse aiškiai numatytų pagrindų, kuris laisvo kapitalo judėjimo srityje iš esmės susijęs su klausimais, patenkančiais į EB 58 straipsnio 1 dalies b punkto (dabar – SESV 64 straipsnio 1 dalies b punkto) taikymo sritį, t. y. viešąją tvarką ir visuomenės saugumą⁴⁶, kuris apima kovą su mokesčių slėpimu ir sukčiavimu, bei būtinybę užkirsti kelią nepagrįstoms mokesčių lengvatoms.

73. Taigi, atrodo, kad, jeigu paaiškėtų, kad Įstatyminio dekreto Nr. 58/1998 37 straipsnis taikomas *tik* fondams, reglamentuojamiems Italijos teisės arba valdomiems pagal Italijos teisę įsteigtų valdymo įmonių, būtų sunku suprasti, kaip galėtų būti laikoma, kad šie pagrindai yra įrodyti, nes, atsižvelgiant į abiejų nagrinėjamų mokesčių pobūdį, mokesčių vengimo grėsmė, atsižvelgiant į du aptariamus mokesčius, atrodytų vienodai didelė, nepaisant aptariamų fondų nacionalinės priklausomybės. Net jeigu toks kriterijus būtų nustatytas remiantis viešosios tvarkos pagrindu – pirmenybę teikiant uždarojo tipo nekilnojamojo turto fondams (tai išsamiau aptarta toliau), kad būtų išvengta sisteminės rizikos, atrodo, kad ši rizika liktų tokia pat, nepaisant fondų nacionalinės priklausomybės.

⁴⁴ Kaip jau paaiškinta, tuo metu, kai klostėsi aptariamos aplinkybės, AIF direktyva dar nebuvo priimta. Be to, nekilnojamojo turto fondai nepateko į 1985 m. gruodžio 20 d. Direktyvos 85/611/EEB dėl įstatymų ir kitų teisės aktų, susijusių su kolektyvinio investavimo į perleidžiamus vertybinius popierius subjektais (KIAVPS), derinimo, kurioje įtvirtintas kilmės šalies kontrolės principas, taikymo sritį, nes jie nesusiję su investicijomis į perleidžiamuosius vertybinius popierius ir (arba) kitą likvidų finansinį turtą, kaip nurodyta Direktyvos 85/611 1 straipsnyje.

⁴⁵ Tai nebūtų netiesioginė diskriminacija, nes taikomas kriterijus (nors ir darant nuorodą), būtų tiesiogiai susijęs su sandorio tarpvalstybiniu pobūdžiu.

⁴⁶ Žr. EB 58 straipsnio 1 dalies b punktą.

b) Dėl Dekreto įstatymo Nr. 223/2006 35 straipsnio 10-ter dalyje nustatytos pirmosios sąlygos

1) *Dėl apribojimo buvimo*

74. Dėl pirmosios sąlygos pažymėtina, kad, kadangi ji nėra tiesiogiai siejama su fondams taikytina teise, negalima konstatuoti tiesioginės diskriminacijos.

75. Kiek tai susiję su netiesiogine diskriminacija, būtina išsiaiškinti, ar, nors taikomas kriterijus – t. y. ar tam tikras nekilnojamojo turto fondas yra uždarojo tipo – yra kriterijus, kuris iš pažiūros yra neutralus, praktiškai jį taikant užsienio teisės reglamentuojamiems fondams taikomas mažiau palankus apmokestinimas. Tam būtina, kad dėl taikomo kriterijaus užsienio teisės reglamentuojami fondai atsidurtų mažiau palankioje padėtyje, nors, atsižvelgiant į nagrinėjama mokesčine priemone siekiamus tikslus, jų padėtis yra tokia pati kaip nacionalinės teisės reglamentuojamų fondų. Šiuo atveju, kaip jau paaiškinta, netiesioginė diskriminacija gali būti preziumuojama, kai, be kita ko, subjektai, kurie negali atitikti šio kriterijaus, yra tik pagal užsienio teisę įsteigti subjektai⁴⁷.

76. Šioje byloje aptariamam atveju, nors įsigijus nekilnojamojo turto aptariamam mokesčiai taikomi ir atvirojo, ir uždarojo tipo fondams, pagal pirmąją sąlygą tik antrieji gali pasinaudoti mokesčių sumažinimu 50 %. Pagal Ministro dekreto Nr. 228/1999 12-bis straipsnį nustatyta, kad Italijoje gali būti steigiami tik uždarojo tipo nekilnojamojo turto fondai. Iš to išplaukia, kad tik kitos teisės reglamentuojami fondai gali neatitikti šios sąlygos. Šiuo konkrečiu atveju reikia preziumuoti, kad nors šio kriterijaus taikymas iš pažiūros atrodo neutralus, jis reiškia skirtingą vertinimą, nepalankų tam tikrais tarpvalstybiniais atvejais.

77. Vis dėlto toks skirtingas vertinimas gali tapti netiesiogine diskriminacija – taigi, apribojimu, kaip tai suprantama pagal EB 56 straipsnį (dabar – SESV 63 straipsnį), – tik jeigu atvirojo ir uždarojo tipo fondai gali būti laikomi esančiais tikrai panašiose padėtyse, atsižvelgiant į teisės aktų leidėjo tikslus, kurių jis siekė, kai nustatė mokesčių lengvatą, kuria prašoma leisti pasinaudoti, t. y. aptariamam atveju – taikytinų mokesčių tarifų sumažinimą 50 %.

78. Iš karto akivaizdi viena problema – prašymus priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas nelabai aiškiai nurodė, *kodėl* Italijos teisėje suteiktas toks pranašumas. Iš tiesų prašyme priimti prejudicinį sprendimą šis teismas tik nurodė, kad „pastaraisiais metais dėl uždarojo tipo nekilnojamojo turto investicinių fondų apmokestinimo taisyklių buvo priimta daug teisėkūros priemonių, kuriomis siekiama dviejų priešingų tikslų: pirma, skatinti specialios turto valdymo priemonės plėtrą; antra, riboti jos taikymą, kai siekiama apeiti tam tikrus reikalavimus“. Vis dėlto sunku išsiaiškinti, ar šis teiginys susijęs su Dekreto įstatymo Nr. 223/2006 35 straipsnio 10-ter dalimi, ar juo tik patikslintas šios bylos kontekstas, siekiant bendrai paaiškinti, kodėl nacionalinės teisės aktų leidėjas ėmėsi įvairių priemonių, susijusių su investicinių fondų apmokestinimo tvarka.

79. Net jeigu būtų daroma prielaida, kad šis aiškinimas konkrečiai susijęs su Dekreto įstatymo Nr. 223/2006 35 straipsnio 10-ter dalimi, taip būtų paaiškinta tik tai, kodėl šia nuostata negali remtis atvirojo tipo fondai, bet ne tai, kodėl šis mokesčinis pranašumas suteikiamas.

⁴⁷ Šiuo klausimu žr. 2009 m. birželio 18 d. Sprendimą *Aberdeen Property Fininvest Alpha* (C-303/07, EU:C:2009:377, 50 punktas).

80. Šiomis aplinkybėmis vienintelį rimtą paaiškinimą dėl tikslo, kurio siekiama sumažinus mokesčių tarifus 50 %, pateikė *UBS Real Estate*. Jos teigimu, tikrasis įstatymo tikslas buvo išvengti žalos fondams, kurie dažnai vykdo pirkimo–perpardavimo sandorius⁴⁸, nes ekonominiu požiūriu šie sandoriai apmokestinami du kartus⁴⁹.

81. Jeigu taip būtų (tai turi patikrinti nacionalinis teismas), atsižvelgiant į šį tikslą, turėtų būti laikoma, kad visų – tiek atvirojo, tiek uždarojo tipo – nekilnojamojo turto fondų padėtis yra vienoda, todėl iš esmės jie turėjo būti vertinami vienodai.

82. Iš to išplaukia, kad jeigu būtent dėl to Italija yra nustačiusi galimybę pasinaudoti tam tikrų mokesčių sumažinimu tik uždarojo tipo fondams, tai yra netiesioginė diskriminacija. Tą patį būtų galima pasakyti ir tuo atveju, jeigu prašymus priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas negalėtų įžvelgti jokio aiškaus šios mokesčių lengvatos tikslo.

83. Kadangi vis dėlto galima manyti, kad šios lengvatos apribojimas ją suteikiant tik uždarojo tipo fondams atitinka tam tikrus viešojo intereso tikslus, dabar galime išnagrinėti būtent šį klausimą.

2) *Dėl pateisinimo buvimo*

84. Kaip jau mėginau paaiškinti, netiesioginė diskriminacija galėtų būti suderinama su Sutartimis, jeigu ji būtų pateisinama privalomuoju bendrojo intereso pagrindu.

85. Šiuo klausimu prašymus priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas iš esmės rėmėsi dviem tikslais, kurių siekiama Dekreto įstatymo Nr. 223/2006 35 straipsnio 10-ter dalyje nustatyta pirmąja sąlyga. Pirmasis – skatinti ir remti kolektyvinio investavimo į nekilnojamąjį turtą fondų, kuriems nėra būdinga didelė rizika ir neapibrėžti ketinimai, plėtrą, o antrasis – apriboti sistemine rizika nekilnojamojo turto rinkoje (ir platesnėje bankų rinkoje) krizės atveju⁵⁰. Be šių dviejų tikslų, Komisija, savo ruožtu, paminėjo kovą su mokesčių slėpimu. Galiausiai Italijos

⁴⁸ Siekdama įrodyti, kad Dekreto įstatymo Nr. 223/2006 35 straipsnio 10-ter dalimi siekiama tokio tikslo, pareiškėja remiasi 2009 m. gegužės 15 d. *Consiglio nazionale del Notariato* (Nacionalinė notarų taryba, Italija) tyrimu Nr. 2/2009/T „Il regime tributario dei fondi immobiliari“ („Nekilnojamojo turto fondams taikoma mokesčių tvarka“), taip pat *Assonime* (Italijos akcinių bendrovių asociacija) parengtu dokumentu. Nors nė vienas iš šių dokumentų nėra oficialus teisės šaltinis, juose abiejuose nurodyta, kad su nekilnojamojo turto įsigijimu komerciniais tikslais susijęs mokestis taikomas atsižvelgiant į tai, kad, kai tokie subjektai įsigyja nekilnojamojo turto, vėliau jie tokį nekilnojamąjį turtą visada perparduoda: nekilnojamojo turto fondai steigiami konkrečiam laikotarpiui, per kurį įsigytas nekilnojamas turtas perparduodamas.

⁴⁹ Neatrodė, kad taip yra teisiniu požiūriu, nes pirkimo ir perpardavimo momentu mokesčių mokėtojas nėra tas pats. Nors neaišku, kaip šis reiškinys konkrečiai paveiktų investicinius fondus – nes atrodo, kad šis „dvigubas“ apmokestinimas atsiranda tiesiog dėl to, kad vykdomi du atskiri teisiniai sandoriai, – negalima atmesti galimybės, kad Italijos teisės aktų leidėjas tikrai siekia šio tikslo.

⁵⁰ Šiuo atžvilgiu pažymėtina, kad Dekreto įstatymo Nr. 223/2006 35 straipsnio 10-ter dalis taikoma neatsižvelgiant į tai, ar tam tikro fondo vienetai platinami Italijoje: ji taikoma fondo vykdomam nekilnojamojo turto įsigijimui. Todėl Italija negali remtis būtinybe apsaugoti investuotojus.

vyriausybė paminėjo dar vieną pateisinimą, būtent susijusį su Italijos sistemos darnos išsaugojimu, nes Italijos teisėje teisė įsigyti nekilnojamojo turto pripažįstama tik uždarojo tipo investiciniais fondams⁵¹.

86. Pirma, kiek tai susiję su Komisijos nurodytu tikslu, nors Dekreto įstatymo Nr. 223/2006 35 straipsnio pavadinimas – „Priemonės, skirtos kovai su mokesčių slėpimu ir vengimu“, visiškai pritariu šios šalies nuomonei, kad, jeigu iš tiesų būtų siekiama šio tikslo, pirmasis kriterijus būtų visiškai netinkamas tokiam tikslui pasiekti. Iš tiesų tai prilygtų prielaidai, kad atvirojo tipo fondų vykdomi įsigijimai yra nesąžiningi. Be to, pagal suformuotą jurisprudenciją tam, kad tokiu pateisinimu grindžiamam argumentui būtų pritarta, turi būti nustatytas tiesioginis ryšys tarp atitinkamos mokesčio lengvatos ir jos kompensavimo konkrečiu mokesčiu, o šiuo atveju to nėra padaryta⁵².

87. Antra, dėl Italijos vyriausybės nurodyto pateisinimo pažymiu, kad toks pateisinimas yra nesuderinamas su jurisprudencija, pagal kurią netiesioginė diskriminacija gali atsirasti dėl to, kad nerezidentai negali atitikti mokesčių sistemos taikymo sąlygos (-ų) arba kad jie jas gali atitikti tik sunkiai⁵³.

88. Dėl prašymus priimti prejudicinį sprendimą pateikusių teismo nurodyto pirmojo tikslo, susijusio su kova su didelės rizikos įsigijimais ir neapibrėžtais ketinimais, ir nepaisant to, ar toks tikslas yra pagal Sąjungos teisę privalomasis bendrojo intereso pagrindas, neatrodo, jog toks pagrindas pateisintų pirmąją Dekreto įstatymo Nr. 223/2006 35 straipsnio 10-ter dalies taikymo sąlygą. Iš tiesų, kaip nurodo *UBS Real Estate*, fondo uždavimas arba atvirumas susijęs su galimybe investuotojams prašyti, kad fondai išpirtų jų investicijas (išreikštas jų turimų vienetų skaičiumi). Žinoma, šis pobūdis gali turėti įtakos fondo valdymo būdai, nes, be kita ko, dėl to, kad investuotojai gali bet kada kreiptis su prašymu išpirti jų vienetus, fondas yra įpareigotas išsaugoti likvidumą, kad būtų galima patenkinti pagrįstą prašymų skaičių. Vis dėlto neatrodo, kad šis klausimas būtų susijęs su fondo atliktų investicijų rizikingumu arba su jo ketinimų, kurie su tuo susiję, didesniu arba mažesniu apibrėžtumu.

89. Jeigu nacionalinis teismas šį pagrindą nurodo todėl, kad ketina remtis tam tikru tikslu, būtent tikslu skatinti ilgalaikį, o ne trumpalaikį spekuliacinio pobūdžio nekilnojamojo turto įsigijimą (ypač atsižvelgdamas į tai, kad pastarasis gali prisidėti prie dirbtinio kainų didinimo, taigi ir pagilinti su galimybe įsigyti nuosavybę susijusias problemas), kad ir koks šis motyvas gerbtinas, vien juo šiomis konkrečiomis aplinkybėmis negalima pateisinti tokio skirtingo požiūrio į atvirojo ir uždarojo tipo fondus. Neginčytina, kad dėl uždarojo tipo fondo pobūdžio investuotojai negali

⁵¹ Bet kuriuo atveju pagal SESV 267 straipsnį Teisingumo Teismas, nagrinėdamas prašymą priimti prejudicinį sprendimą, neturi nuspręsti dėl prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusių teismo pateiktų nacionalinių nuostatų aiškinimo teisingumo ir, *a fortiori*, nustatyti, kokių tikslų siekiama tam tikra priemone. Šiuo klausimu žr. 2010 m. spalio 21 d. Sprendimą *Padawan* (C-467/08, EU:C:2010:620, 22 punktas), 2011 m. rugsėjo 15 d. Sprendimą *Gueye* (C-483/09 ir C-1/10, EU:C:2011:583, 42 punktas) ir 2016 m. birželio 21 d. Sprendimą *New Valmar* (C-15/15, EU:C:2016:464, 25 ir 26 punktai). Kaip jau paaiškinta, kadangi atitinkama valstybė narė neturi įrodinėjimo pareigos, svarbu neužmiršti, kad, kai Teisingumo Teismas priima sprendimą dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą, jis tai daro remdamasis tik tais pateisinimais, kuriuos nurodė prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas ir kartais – šalis (šiuo atveju jis turi tam tikrą diskreciją). Taigi, jeigu paaiškėja, kad nurodyti pateisinimai nėra teisingi, nors Teisingumo Teismo pateiktas atsakymas yra pateisinamas atsižvelgiant į prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusių teismo aprašytas aplinkybes, jis gali neturėti reikšmės sprendžiant ginčą. Tą patį galima pasakyti apie atvejus, kai nors tam tikros nacionalinės teisės nuostatos yra svarbios, nacionalinis teismas jų nepamini arba kai paaiškėja, kad nurodytos nuostatos iš tiesų nėra taikytinos pagrindinei bylai visų pirma *ratione temporis*. Nors dėl to tenka apgailestauti ir kyla nesusipratimų Sąjungos piliečiams, taip atsitinka dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą procedūros, per kurią Teisingumo Teismas, priešingai nei nacionalinis aukščiausiasis teismas, neturi kompetencijos aiškinti nacionalinę teisę, todėl turi remtis prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusių teismų nurodyta informacija.

⁵² Žr., pavyzdžiui, 2011 m. gruodžio 1 d. Sprendimą *Komisija / Belgija* (C-250/08, EU:C:2011:793, 71 punktas).

⁵³ Vis dėlto, kaip paaiškinau anksčiau, dėl to, kad subjektas yra priimančiojoje valstybėje nepripažįstamos formos, ši valstybė narė neprivalo tokiam subjektui taikyti pačios palankiausios apmokestinimo tvarkos, o turi nustatyti tik tokią tvarką, kuri turėtų būti taikoma atsižvelgiant į nuosekliai taikomus nacionalinės teisės aktuose nustatytus kriterijus.

pasinaudoti išpirkimo teisėmis kada panorėję. Vis dėlto šis uždarojo tipo fondų požymis nereiškia, kad jie privalo laikyti įsigytą turtą ilgiau nei tuo atveju, jeigu jie būtų atvirojo tipo. Kadangi neatrodo, kad 35 straipsnio 10-ter dalyje nustatyta pirmoji sąlyga atitinka tokį tikslą, ji negali būti laikoma būtinu objektyviu pateisinimu.

90. Prašymus priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismo nurodytas antrasis pateisinimas susijęs su tuo, kad nacionalinės teisės aktais iš esmės siekiama užkirsti kelią reiškiniui, kurį būtų galima pavadinti „sniego gniūžtės“ poveikiu komercinei nekilnojamojo turto rinkai. Šiomis aplinkybėmis prašymus priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas paaiškina, kad, kiek tai susiję su atvirojo tipo fondais, jeigu nukritus nekilnojamojo turto kainoms rinkoje kiltų krizė, tai paskatintų daugelį investuotojų prašyti grąžinti dalį investuotų sumų nesuėjus terminui. Dėl šio reiškinio galėtų išsekti fondų likvidumo rezervai, todėl fondai galėtų būtų priversti parduoti dalį nekilnojamojo turto už jo balansinės vertės nesiekiančią kainą, kad įvykdytų prašymus išpirkti akcijas⁵⁴. Todėl, siekiant išvengti šios rizikos, būtų pagrįsta tam tikras mokesčių lengvatas, kaip antai nustatytą Dekreto įstatymo Nr. 223/2006 35 straipsnio 10-ter dalyje, taikyti tik uždarojo tipo fondams – nepaisant to, kokia teisė juos reglamentuoja, – ir taip skatinti tik jų plėtrą.

91. Šiuo atveju tikslas apriboti sisteminio pobūdžio riziką akivaizdžiai yra privalomasis bendrojo intereso pagrindas, kaip tai suprantama pagal Sąjungos teisę⁵⁵. Iš tiesų akivaizdu, kad sisteminė rizika kelia susirūpinimą – tai iliustruoja aplinkybė, kad Europos Sąjunga priėmė reglamentą, skirtą tokiai rizikai finansų rinkose apriboti⁵⁶.

92. Vis dėlto tam, kad tokia netiesioginė diskriminacija būtų suderinama su Sąjungos teise, reikia ne tik to, kad ja būtų siekiama privalomojo bendrojo intereso pagrindo, bet ir to, kad ji būtų proporcinga šiam tikslui pasiekti. Tai reiškia, kad priimta priemonė (šiuo atveju – mokesčių tarifų sumažinimo 50 % netaikymas atvirojo tipo fondams) yra tinkama siekiamo tikslo įgyvendinimui užtikrinti ir neviršija to, kas būtina jam pasiekti⁵⁷.

93. Dėl kompleksinės rizikos prevencijos taip pat manau, kad valstybėms narėms turi būti pripažinta *diskrecija*⁵⁸. Todėl, kai Teisingumo Teismas vertina bet kurios priemonės proporcingumą tokiam tikslui pasiekti, jis turi patikrinti tik tai, ar nėra padaryta su tuo susijusių akivaizdžių klaidų⁵⁹.

⁵⁴ Šiuo metu atvirojo ir uždarojo tipo investicinių fondų likvidumo skirtumai pripažįstami Deleguotojo reglamento Nr. 694/2014 1 straipsnyje.

⁵⁵ Reikalavimas valstybei narei leisti remtis būtinybe kovoti su problema tik tuo atveju, kai problema jau yra kilusi, užuot atsižvelgus į riziką, lemtų blaškymąsi teisėkūros srityje ir, mano nuomone, atspindėtų tam tikrą teismų trumparegiškumą: kilus problemai priimama priemonė, kuri vėliau, sėkmingai ją išsprendus, turėtų būti panaikinta, todėl problema vėl atsirastų ir valstybė vėl turėtų grąžinti tą priemonę ir t. t. Jeigu valstybės narės nurodyta problema šiuo metu yra suvaldyta, galbūt taip yra būtent todėl, kad jai spręsti taikomos priemonės yra veiksmingos.

⁵⁶ Žr. 2010 m. lapkričio 24 d. Europos Parlamento ir Tarybos reglamentą (ES) Nr. 1092/2010 dėl Europos Sąjungos finansų sistemos makrolygio rizikos ribojimo priežiūros ir Europos sisteminės rizikos valdybos įsteigimo (OL L 331, 2010, p. 1). Tiesa, šioje byloje nagrinėjama rizika susijusi su nekilnojamojo turto rinka. Vis dėlto atrodo, kad tokia nekilnojamojo turto rinkų krizės pasekmių rizika finansų sistemos ir visos ekonomikos stabilumui egzistuoja visuotinai. Pavyzdžiui, žr. 2016 m. spalio 31 d. Europos sisteminės rizikos valdybos rekomendacijos (ESRB/2016/14) dėl duomenų apie nekilnojamąjį turtą spragų užpildymo (OL C 31, 2017, p. 1) 1 konstatuojamąją dalį.

⁵⁷ Žr., pavyzdžiui, 2011 m. vasario 10 d. Sprendimą *Haribo Lakritzen Hans Riegel ir Österreichische Salinen* (C-436/08 ir C-437/08, EU:C:2011:61, 122 punktą). Kai kuriuose sprendimuose ir priemonėse nurodomas trečiasis kriterijus, t. y. kad turi būti neįmanoma pakeisti reikalavimo mažiau ribojančia priemone, kuria būtų galima pasiekti *tą patį* rezultatą. Vis dėlto tai yra kitas kriterijaus, pagal kurį, kiek tai susiję su nagrinėjama priemone, reikalaujama neviršyti to, kas būtina šiam tikslui pasiekti, aspektas. Iš tiesų, jeigu būtų įmanoma priimti mažiau ribojančią priemonę, kuria būtų pasiektas *toks pat* rezultatas kaip ir nagrinėjama priemonė, pastaroji priemonė neišvengiamai viršytų tai, kas būtina jam pasiekti.

⁵⁸ Pagal analogiją dėl rizikos sveikatai sumažinimo žr. 2018 m. kovo 1 d. Sprendimą *CMVRO* (C-297/16, EU:C:2018:141, 65 punktą).

⁵⁹ Pagal analogiją žr. 2015 m. birželio 18 d. Sprendimą *Estija / Parlamentas ir Taryba* (C-508/13, EU:C:2015:403, 29 punktą).

94. Nors ši problema nekilnojamojo turto rinkai tikriausiai yra mažiau svarbi nei kitos, kaip antai pernelyg didelis išskolinimas įmonių ar gyvenamojo būsto srityse, vis dėlto ji yra žinoma finansavimo srityje ir, mano nuomone, pateisina valstybių narių susidomėjimą ja, nes paprastai visos krizės kyla dėl keleto veiksnių. Taip yra juo labiau kai, kaip šiuo atveju, aptariama priemonė konkrečiai susijusi su komercine nuosavybe,⁶⁰ rinka, kurioje investiciniai fondai yra pagrindiniai veikėjai⁶¹.

95. Pirmiausia siūlau išnagrinėti antrąjį kriterijų, t. y. būtinybę, kad nagrinėjama priemonė neviršytų to, kas būtina nagrinėjamam privalomam bendrojo intereso pagrindui pasiekti.

96. Šioje byloje aptariamu atveju, atsižvelgiant į šios priemonės taikymo pasekmes, gali būti laikoma, kad ši sąlyga yra įvykdyta, nes Italija, užuot tiesiog uždraudusi visiems atvirojo tipo fondams įsigyti jos teritorijoje esančio nekilnojamojo turto, tik neleidžia atvirojo tipo fondams pasinaudoti mokestiniu pranašumu.

97. Vis dėlto, kalbant apie pirmąjį kriterijų, pagal kurį priemonė turi būti tinkamas būdas užtikrinti, kad būtų įgyvendintas nagrinėjamas privalomasis bendrojo intereso pagrindas, viskas nėra taip paprasta.

98. Šiuo klausimu pirmiausia reikia priminti, kad pagal šį kriterijų tiesiog reikalaujama, kad nagrinėjama priemonė *būtų galima sumažinti* tariamą riziką⁶². Žinoma, tai reiškia, kad nagrinėjama priemonė mažų mažiausia turi būti veiksminga. Vis dėlto tai nereiškia, kad tokia riziką turi būti galima pašalinti taikant vien šią priemonę – labai dažnai praktiškai tai būtų neįmanoma. Jeigu būtų kitaip, tai reikštų, kad valstybės narės, siekdamos tam tikro tikslo, negali, užuot taikiusios griežtą draudimą, vienu metu taikyti keleto atgrasomųjų priemonių.

99. Antra, tam, kad priemonė būtų laikoma tinkama privalomajam bendrojo intereso pagrindui pasiekti, ji taip pat turi iš tiesų atitikti ketinimą siekti šio tikslo nuosekliai ir sistemiškai⁶³.

100. Manau, kad šioje byloje aptariamu atveju nurodyta rizika ir fondų atvirumas arba uždarymas yra susiję. Iš tiesų, kaip aiškina prašymus priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas, jeigu atvirojo tipo fondas siūlo kasdieninį išpirkimą, tačiau didelė dalis turto, į kurį fondas investuoja,

⁶⁰ Visuotinai pripažįstama, kad komercinis nekilnojamas turtas turi specifinių savybių, dėl kurių jis bent iš dalies tampa atskira rinka nuo gyvenamojo nekilnojamojo turto. Nepaisant to, atrodo, kad pripažįstama, jog yra didelė neigiamo komercinio turto neigiamo poveikio rizika platesniam finansų sektoriui ir realiajai ekonomikai. Šiuo klausimu žr. Europos sisteminės rizikos valdyba (ESRV), *Pranešimas apie pažeidimus ES komercinio nekilnojamojo turto sektoriuje*, 2018 m. lapkričio mėn., p. 51. Be to, pagal šį pranešimą komercinio nekilnojamojo turto sektorius 2018 m. Italijoje sudarė apie 6 % bendro vidaus produkto. Žr. p. 11. Tiesa, net jei pagal šį pranešimą Italija nebuvo tarp tų valstybių narių, kurios 2018 m. buvo labiausiai paveiktos neigiamo išplitimo rizikos, tai nereiškia, kad tokios rizikos nėra (o tuo labiau kad jos nebuvo 2006 m.). Taigi kova su šia rizika gali būti laikoma svarbiu viešojo intereso pagrindu ES teisės tikslais.

⁶¹ Kai kurių autorių teigimu, nekilnojamojo turto investiciniai fondai 2020 m. buvo dažniausiai naudojama priemonė investuoti į komercinį nekilnojamąjį turtą Italijoje. Žr., I. Croce, G. de Capitani ir F. Trutalli, *Commercial real estate in Italy: Overview*, Thomson Reuters Practical law, online Q&A guide to corporate real estate law in Italy. PwC studija, susijusi su Italijos banko duomenimis, rodo, kad nekilnojamojo turto fondai Italijoje 2019 m. valdė mažmeninės prekybos, biurų ar pramonės objektų už 56 000 000 000 EUR. Vis dėlto šioje studijoje nenurodytas bendras rinkos dydis. Žr. PwC, *Real Estate Market Overview: Italija, 2019*, kurią galima rasti šio bendro įmonių tinklo svetainėje. Airijoje investicinių fondų (išskyrus nekilnojamojo turto investicinius fondus, draudimo bendroves ir pensijų fondus) valdoma komercinio nekilnojamojo turto dalis, priklausanti nuo visos atitinkamos rinkos įvertinimo, 2016 m. sudarė 25–50 % komercinio nekilnojamojo turto portfelio (biuro, mažmeninės prekybos ir pramonės). Įvertinimas atliktas pagal skaičius, nurodytus D. Coates, P. Daly, E. Keenan, G. Kennedy ir B. McCarthy, *Who Invests in the Irish Commercial Real Estate Market? An overview of Non-Bank Institutional Ownership of Irish CRE*, Banc Ceannais na hÉireann / Central Bank of Ireland, Financial stability Notes, No 6, 2019, No 6, p. 5 ir 7. Prancūzijoje 14 % komercinės nuosavybės Paryžiuje ir jo priemiesčiuose priklauso investiciniams fondams (kotiruojamiems ar ne biržoje, išskyrus institucinius investuotojus arba bankus). Žr. Association française des sociétés de placement immobilier (ASPIM) ir Ernst & Young, *L'investissement immobilier, une dynamique au service des territoires: 1^{re} étude socio-économique des fonds d'investissement immobilier non cotés*, 2019 m. spalio mėn., p. 7.

⁶² Šiuo klausimu žr. 2018 m. kovo 1 d. Sprendimą *CMVRO* (C-297/16, EU:C:2018:141, 65 punktą).

⁶³ Šiuo klausimu žr. 2018 m. lapkričio 14 d. Sprendimą *Memoria ir Dall'Antonia* (C-342/17, EU:C:2018:906, 52 punktą).

negali būti likviduota per vieną dieną be esminių vertės nuostolių, jo turtas neatitinka išipareigojimų. O dėl šio aspekto kyla rizika, kad tokie fondai gali būti priversti parduoti pastatus per nekilnojamojo turto krizę ir taip pagilinti bet kokią krizę komercinio nekilnojamojo turto rinkoje⁶⁴. Todėl dabar yra priimta įvairių taisyklių, užtikrinančių tam tikrą atvirojo tipo fondų likvidumą, kad jie galėtų vykdyti išipareigojimus dėl išpirkimo ir kitas pareigas⁶⁵.

101. Su uždarojo tipo fondais susijusi situacija yra kitokia. Uždarojo tipo fonde prašyti išpirkti vienetus galima tik numatytą dieną arba, atsižvelgiant į pasirinktą formulę, praėjus tam tikram metų skaičiui nuo vienetų pasirašymo – priešingai, nei iš esmės yra kalbant apie atvirojo tipo fondus. Uždarojo tipo fondų pranašumas, palyginti su atvirojo tipo fondais, yra tas, kad antriesiems nekyla grėsmė staiga būti priverstiems improvizuoti ir mažinti investicijas siekiant užsitikrinti likvidumą. Be to, kapitalo rinkų požiūriu paprastai laikoma, kad nekilnojamojo turto fondai steigiami kaip riboto likvidumo fondai arba kaip uždarojo tipo fondai dėl investicijų į nekilnojamąjį turtą ilgalaikiškumo ir laikotarpio, būtino nekilnojamojo turto pardavimo sandoriams užbaigti⁶⁶.

102. Žinoma, gali kilti logiškas klausimas, ar priemonės, kurią sudaro tiesiog mokestinio pranašumo nesuteikimas šio tipo fondams, atgrasomojo poveikio pakanka tam, kad būtų pasiektas privalomasis bendrojo intereso pagrindas, susijęs su sisteminės rizikos nekilnojamojo turto rinkoje sumažinimu atgrasant atvirojo tipo fondus nuo veiklos toje rinkoje⁶⁷. Vis dėlto, kaip jau paaiškinau, tam, kad ginčijama priemonė būtų laikoma tinkama pagal proporcingumo principą, nustatytą Sąjungos teisėje, pakanka, kad ji galėtų padėti įgyvendinti nurodytą privalomąjį bendrojo intereso pagrindą⁶⁸.

⁶⁴ Pavyzdžiui, žr. Europos sisteminės rizikos valdyba (ESRV), *Pranešimas apie pažeidimus ES komercinio nekilnojamojo turto sektoriuje*, 2018 m. lapkričio mėn. p. 5. „[I]nvesticinės priemonės, tokios kaip atvirieji NTIF, susiduria su išpirkimo rizika, kuri gali sukelti [komercinio nekilnojamojo turto rinkos] kainų korekcijas, jei fondai priversti parduoti savo turtą greitai“, ten pat p. 79. Šiuo atveju svarbu atsižvelgti į tai, kad paprastai investuotojai į tokio tipo fondą prašo išpirkti jų investicijas, siekdami apriboti nuostolius, būtent dėl to, kad sumažėja kainos nekilnojamojo turto rinkoje.

⁶⁵ 2016 m. spalio mėn. JAV SEC (Vertybinių popierių ir biržų komisija) priėmė naujas taisykles, skirtas veiksmingam likvidumo rizikos valdymui atvirojo tipo fonduose skatinti (<https://www.sec.gov/rules/final/2016/33-10233.pdf>); 2016 m. liepos mėn. Honkongo SFC (Vertybinių popierių ir ateities sandorių komisija) paskelbė aplinkraštį, kuriame išdėstytos papildomos rekomendacijos turto valdytojams visų pirma dėl likvidumo rizikos valdymo (<https://apps.sfc.hk/edistributionWeb/gateway/EN/circular/doc?refNo=16EC29>); Jungtinės Karalystės FCA (Finansų priežiūros institucija) paskelbė papildomas rekomendacijas (<https://www.fca.org.uk/publications/documents/liquidity-management-investment-firms-good-practice>); Prancūzijos AMF (Finansų rinkų priežiūros institucija) yra paskelbusi konsultacijų ataskaitą dėl testavimo nepalankiausiomis sąlygomis investicinių fondų lygmeniu (2016 m. rugpjūčio mėn., <https://www.amf-france.org/en/news-publications/news-releases/amf-news-releases/autorite-des-marches-financiers-amf-launches-consultation-use-stress-tests-help-manage-risk-asset>, galutinė ataskaita paskelbta 2017 m. vasario mėn.), taip pat detalias rekomendacijas dėl nustatytų naujų išpirkimo apribojimų taikymo (2016 m. gruodžio mėn., <https://www.amf-france.org/en/news-publications/news/setting-redemption-gates-mechanisms-amf-publishes-new-instruction-and-adjusts-its-existing-policy>); Indijos SEBI (Vertybinių popierių ir biržų valdyba) paskelbė likvidumo valdymo srities aplinkraštį (2016 m. gegužės mėn., https://www.sebi.gov.in/sebi_data/attachdocs/1464693701007.pdf). Taip pat žr. *Board of the International Organization of Securities Commissions* (Tarptautinės vertybinių popierių komisijų organizacijos valdyba) galutinę ataskaitą dėl atvirojo tipo fondų likvidumo ir rizikos valdymo (geroji patirtis ir svarbūs klausimai), 2018 m. vasario mėn. (<https://memofin-media.s3.eu-west-3.amazonaws.com/uploads/library/pdf/Memo%20OICV%20gestion%20risque%20liquidite%20c3%a9.pdf>), arba dar naujesnę COVID krizės aplinkybėmis priimtą ESMA (Europos vertybinių popierių ir rinkų institucija) ataskaitą dėl Europos sisteminės rizikos valdybos (ESRB) rekomendacijos dėl likvidumo rizikos investiciniuose fonduose, 2020 m. lapkričio 12 d., visų pirma p. 54 dėl nekilnojamojo turto fondų.

⁶⁶ Žr., pavyzdžiui, Dillon Eustace, *A Guide to Irish Regulated Real Estate Funds*, 2009, p. 4.

⁶⁷ Pagal analogiją žr. 2014 m. balandžio 10 d. Sprendimą *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* (C-190/12, EU:C:2014:249, 43 punktą).

⁶⁸ Jeigu pagal proporcingumo kriterijaus pirmąją sąlygą pernelyg daug dėmesio reikėtų skirti nagrinėjamos priemonės veiksmingumui, ši sąlyga prieštarautų antrajai sąlygai, pagal kurią nagrinėjama priemonė neturi viršyti to, kas būtina.

103. Šioje byloje pažymėtina, kad Dekreto įstatymo Nr. 223/2006 35 straipsnio 10-ter dalyje nustatytu pirmuoju kriterijumi siekiama sumažinti sistemine riziką nekilnojamojo turto rinkai, kylančią dėl atvirojo tipo nekilnojamojo turto fondų veiklos plėtros. Kadangi buvo nustatyta, kad pirmuoju kriterijumi sukurta netiesioginė diskriminacija, o tai reiškia, kad jis turi atgrasomąjį poveikį atitinkamiems fondams, toks kriterijus neišvengiamai padeda siekti šio tikslo.

104. Taip juo labiau yra dėl to, kad, kadangi valstybėms narėms turi būti suteikta tam tikra diskrecija užkirsti kelią kompleksinei rizikai, susijusiai su daugeliu veiksnių, visiškai neatrodo, kad valstybei narei neracionalu atsižvelgti į tokią riziką. Kaip parodė neseniai įgyta patirtis, tam tikrose rinkose kelios krizės kilo dėl vienašališkų įvykių, kurie kiekvienas atskirai greičiausiai jų nebūtų sukėlę. 2007–2011 m. įvykiai parodė, kad sisteminių sukrėtimų rizika šioje situacijoje yra labai reali.

105. Be to, šiomis aplinkybėmis galima kelti klausimą, ar tokia priemonė dera su pagal Italijos teisę tuo pačiu tikslu taikomomis atvirojo tipo fondams, atsižvelgiant į tai, kad jiems draudžiama investuoti į nekilnojamojo turto rinką. Vis dėlto reikia nepamiršti, kad Sąjungos teisė netaikoma pozityviajai diskriminacijai⁶⁹. Taigi, atsižvelgiant į tai, kad pagal nacionalinę teisę įsteigtiems fondams nustatyta griežtesnė priemonė, negalima paneigti, kad tikslo siekiama nuosekliai.

106. Bet kuriuo atveju aptariama mokesstinė priemonė yra dalis teisės aktų, skirtų nurodytam tikslui pasiekti, t. y. teikia pirmenybę uždarojo, o ne atvirojo tipo investicinių fondų investicijoms Italijos komercinės nuosavybės rinkoje, kad būtų sumažinta sistemine rizika, kuri kiltų, jeigu tokie fondai turėtų pernelyg daug pastatų⁷⁰. Taigi vertinant, ar nagrinėjama priemonė yra pakankama, reikėtų išnagrinėti visas tokias priemones, kurių nacionalinis teismas vis dėlto nenurodė.

107. Žinoma, šioje byloje aptariamu atveju kitos priemonės, visų pirma grindžiamos elgesiu, kaip antai draudimas įsigyti nekilnojamąjį turtą Italijoje spekuliaciniais tikslais, greičiausiai būtų buvusios veiksmingesnės šiam tikslui pasiekti. Vis dėlto tokios priemonės būtų turėjusios dar didesnę poveikį laisvam kapitalo judėjimui ir laisvei užsiimti verslu. *A fortiori* ta pati problema kiltų, jei struktūrinės priemonės, kaip antai šiuo metu numatytos AIF direktyvoje, būtų priimtoms dėl visų fondų, siekiančių įsigyti komercinio nekilnojamojo turto Italijoje. Iš tiesų reikia nepamiršti, kad teisė į laisvę užsiimti verslu apima kiekvienos įmonės teisę laisvai disponuoti turimais ekonominiais, techniniais ir finansiniais išteklių, neperžengiant atsakomybės už savo veiksmus ribų.

108. Vis dėlto *UBS Real Estate* tvirtina, kad pirmoji sąlyga nėra tinkama siekiant užtikrinti prašymus priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo nurodyto tikslo riboti sistemine riziką įgyvendinimą, nes šie uždarojo tipo investiciniai fondai ir atvirojo tipo investiciniai fondai nesiskiria. Ir vienu, ir kitu požymiais yra vienodi ir jiems taikomos tos pačios valdymo bei investavimo taisyklės.

⁶⁹ Žr. 1994 m. birželio 16 d. Sprendimą *Steen* (C-132/93, EU:C:1994:254, 9–11 punktai).

⁷⁰ Žr. šios išvados 76 punktą. Kaip paaiškinau savo išvadoje byloje *Autoridade Tributária e Aduaneira (Nekilnojamojo turto vertės prieaugio mokesčiai)* (C-388/19, EU:C:2020:940), Teisingumo Teismas mokesčių priemones turėtų vertinti ne atskirai, bet veikiau turi stengtis susidaryti išsamų nagrinėjamai situacijai taikytinų mokesčių teisės aktų vaizdą, net jeigu dėl to šis vertinimas taptų sudėtingesnis.

109. Vis dėlto ar tikrai taip yra? Šiuo klausimu galima pažymėti, kad *UBS Real Estate* nurodyti valdymo ir investavimo taisyklių panašumai susiję su taisyklėmis, taikomomis dėl aptariamų subjektų priskyrimo prie investicinių fondų. Dėl prašymus priimti prejudicinį sprendimą pateikuso teismo iškeltos problemos *UBS Real Estate* pripažįsta, kad atvirojo ir uždarojo tipo fondai skiriasi, nes pirmiesiems pagal apibrėžtį būdingas turto ir įsipareigojimų neatitikimas.

110. *UBS Real Estate* atsako, kad, jeigu atvirojo tipo nekilnojamojo turto fondai yra likvidesni nei uždarojo tipo fondai, investuoti į juos mažiau rizikinga. Vis dėlto negaliu pritarti šiam argumentui. Šiuo atveju *UBS Real Estate* nurodo riziką, su kuria susiduria individualūs investuotojai. Vis dėlto tai nėra prašymus priimti prejudicinį sprendimą pateikuso teismo nurodyta rizika, kuri yra bendro sisteminio pobūdžio, nes šis turto ir įsipareigojimų neatitikimas gali paskatinti kainų mažėjimą komercinio nekilnojamojo turto rinkoje⁷¹ ir taip tam tikromis aplinkybėmis, kaip rodo naujausia patirtis, galiausiai gali kelti grėsmę bankų ir finansų rinkoms.

111. Galiausiai, *UBS Real Estate* tvirtina, kad atvirojo tipo fondai pagal Vokietijos teisę iš tiesų yra panašūs į Italijos teisėje numatytus uždarojo tipo fondus. Pirma, pagal Vokietijos teisę reikalaujama turėti likvidumo atsargų, kurios negali būti mažesnės už tam tikrą sumą. Šios likvidumo atsargos sumažintų su investicijomis susijusią likvidumo riziką. Taigi, kalbant apie abu aptariamus fondus, jų veiklos taisyklėse būtų nustatyta pareiga užtikrinti ne mažesnę kaip 5 % fondų vertės likvidumą. Antra, pagal tą teisę atvirojo tipo fondams leidžiama nustatyti sąlygas, leidžiančias atidėti galimą fondo nekilnojamojo turto pardavimą siekiant atsiskaityti su dalyviais, o tai pašalintų prašymus priimti prejudicinį sprendimą pateikuso teismo nurodytą riziką. Būtent tai ir buvo nustatyta aptariamų fondų veiklos taisyklėse⁷². O pagal Italijos teisę uždarojo tipo fondams leidžiama numatyti galimybę išpirkti vienetus anksčiau termino.

112. Šiuo klausimu sutinku, kad *UBS Real Estate* paminėtos nuostatos gali gerokai sumažinti prašymus priimti prejudicinį sprendimą pateikuso teismo nurodytą riziką, nes pagal jas *UBS Real Estate* gali atidėti investicijų grąžinimą iki trejų metų. Be to, nors fondo prospektuose ir su juo susijusiose taisyklėse nustatyta, kad investuotojai iš esmės gali prašyti grąžinti investicijas ir jų grąžinimas gali būti išaldytas tik esant išskirtinėms aplinkybėms, pažymėtina, kad šiose nuostatose nustatyta galimybė išaldyti reikalavimus gana ilgą laikotarpį ir kad tarp išskirtinių aplinkybių, kuriomis remiantis galima pateisinti jų taikymą, yra nurodyta krizė nekilnojamojo turto rinkoje. Vis dėlto visa tai turi patikrinti nacionalinis teismas.

113. Vis dėlto pažymėtina, kad prašymo išpirkti investicijas vykdymo sustabdymo trejų metų laikotarpis yra trumpesnis už laikotarpį, kuriam pasibaigus uždarojo tipo fondo investuotojai gali prašyti išpirkti jų investicijas – paprastai toks laikotarpis yra 5–20 metų, o vidutinė jo trukmė siekia 10–12 metų. Vis dėlto, kadangi nekilnojamojo turto krizė gali trukti gerokai ilgiau nei trejus metus⁷³, galima daryti išvadą, kad nors tokios kaip *UBS Real Estate* prospekte ir taisyklėse

⁷¹ Tą patį galima pasakyti apie *UBS Real Estate* argumentą, susijusį su fondų investuotojams rekomenduojamu investavimo laikotarpiu.

⁷² Kiekvieno iš šių fondų Teisingumo Teismui pateiktos redakcijos Bendrojo fondo taisyklių 12 straipsnyje nustatyta, kad: „[valdymo] bendrovė pasilieka teisę laikinai atsisakyti vykdyti išpirkimą dėl likvidumo priežasčių, siekdama apsaugoti investuotojus. Jeigu banko indėlių ir pajamų, gautų pardavus turimas pinigų rinkos priemones, investicinius vienetus ir vertybinius popierius, neužtenka, kad būtų galima sumokėti išpirkimo kainą ir užtikrinti tinkamą nuolatinį verslo valdymo aptarnavimą, arba jeigu jų negalima iš karto panaudoti, bendrovė turi teisę atsisakyti vykdyti išpirkimą šešis mėnesius. Jeigu pasibaigus pirmiau nurodytam laikotarpiui vis dar nėra pakankamai lėšų išpirkimui įvykdyti, turi būti parduotas investiciniam fondui priklausantis nekilnojamas turtas. Bendrovė gali atsisakyti vykdyti išpirkimą tol, kol bus užbaigtas šio nekilnojamojo turto pardavimas, protingą laikotarpį, bet ne ilgiau kaip dvejus metus po prašymo dėl išpirkimo pateikimo. Jeigu [elektroniniame *Bundesanzeiger* (federalinis oficialusis leidinys) ir pakankamai didelio tiražo finansų laikraštyje arba dienraštyje arba per pardavimo prospekte nurodytą elektroninės žiniasklaidos priemonę] paskelbiamas pranešimas investuotojams, pirmiau nurodytas laikotarpis gali būti pratęstas dar vienus metus.“

⁷³ Pavyzdžiui, vadinamoji rizikingų hipotekos paskolų krizė turėjo poveikį JAV būsto rinkai bent jau 2007–2012 m. Labai panaši krizė veikė Ispanijos ir Airijos nekilnojamojo turto rinkas 2008–2014 m.

pateiktos nuostatos gali padėti sumažinti prašymus priimti prejudicinį sprendimą pateikusių teismo nurodytą riziką, jos šios rizikos visiškai nepašalina. Mano nuomone, ne Teisingumo Teismas, atsižvelgdamas į nagrinėjamas nuostatas, turi vertinti, ar likusios rizikos pakanka priemonėms, kurių valstybės narės dėl jos imasi, pateisinti. Tokį galutinį vertinimą verčiau turi atlikti nacionaliniai teismai.

114. Jeigu šiomis nuostatomis būtų galima visiškai pašalinti riziką, kyla klausimas, ar kriterijus turi būti laikomas netinkamu (arba viršijančiu tai, kas būtina) dėl to, kad jis nėra grindžiamas išsamia fondų veiklos taisyklių analize⁷⁴, o priklauso tik nuo jų kvalifikavimo pagal įstatymą, kuriuo reglamentuojama jų veikla⁷⁵.

115. Žinoma, laisvo judėjimo srityje Teisingumo Teismas gana atsargiai vertina tokį požiūrį ir reikalauja taikyti kuo tikslesnius kriterijus⁷⁶.

116. Vis dėlto manau, kad, jeigu prašymus priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas turėtų nuspręsti, kad lengvatinis apmokestinimas uždarojo tipo nekilnojamojo turto fondams buvo taikomas siekiant apsaugoti komercinio nekilnojamojo turto rinkas nuo galimos sisteminės rizikos, o kartu ir išvengti finansų rinkose galinčios kilti sisteminės rizikos, tokio kriterijaus taikymas neatrodytų akivaizdžiai tinkamas⁷⁷. Atsižvelgiant į su šiuo klausimu susijusių valstybių narių diskreciją, bet kokios pastangos palankiau vertinti uždarojo tipo nekilnojamojo turto fondus esant tokioms aplinkybėms turėtų būti laikomos proporcingomis, net jeigu būtų įmanoma dar labiau diferencijuoti ir palankesnes sąlygas sudaryti tam tikriems atvirojo tipo fondams, kurių veiklos nuostatose ir prospektuose siekiama iš dalies panaikinti riziką, kylančią dėl turto ir įsipareigojimų neatitikimo.

V. Išvada

117. Taigi, atsižvelgdamas į tai, kas išdėstyta, siūlau Teisingumo Teismui į *Corte suprema di cassazione* (Kasacinis Teismas, Italija) pateiktus prejudicinius klausimus atsakyti taip:

EB 56 straipsnis turi būti aiškinamas taip, kad pagal jį leidžiama taikyti kriterijų, grindžiamą fondo atvirumu arba uždarumu, kaip sąlygą, kurią įvykdžius gali būti sumažinti hipotekos ir kadastro mokesčių, mokėtinų įsigijus nekilnojamojo turto, tarifai, jeigu toks kriterijus pateisinamas tuo, kad jis padeda išvengti sisteminės rizikos atitinkamoje nekilnojamojo turto rinkoje, ir nėra tiesioginės diskriminacijos atsižvelgiant į aplinkybes, pavyzdžiui, į tai, ar fondai yra administruojami Italijoje arba jiems kitaip taikoma Italijos teisė.

⁷⁴ Šiuo klausimu reikia priminti, kad keliamas klausimas susijęs su Dekreto įstatymo Nr. 223/2006 35 straipsnio 10-ter dalyje nustatytos pirmosios sąlygos, kurią įvykdžius gali būti sumažinti mokesčių tarifai, suderinamumu, o ne su Italijos mokesčių institucijų taikoma praktika. Taigi, *UBS Real Estate* pateiktą argumentą reikia suprasti taip, kad ji kritikuoja rėmimąsi sąlyga, suformuluota atsižvelgiant į fondo atvirumą arba uždarumą, nes būtų buvę geriau remtis kriterijumi, grindžiamu išsamia fondų veiklą reglamentuojančių nuostatų analize.

⁷⁵ Šiuo atveju dar kartą pažymėtina, kad tuo metu, kai klostėsi pagrindinės bylos aplinkybės, nekilnojamojo turto fondai nepateko į Direktyvos 85/611 taikymo sritį, todėl jiems nebuvo taikomas tarpusavio pripažinimo arba vien kilmės valstybės kontrolės principas.

⁷⁶ Vis dėlto srityje, kuri priklauso išimtinai Sąjungos kompetencijai, Teisingumo Teismas pripažino, kad bendro kriterijaus (susijusio su vienus metus trunkančia santuoka kaip atitinkamų asmenų santykių realumo ir stabilumo įrodymu) taikymas nepažeidžia proporcingumo principo, nors būtų buvę įmanoma kiekvieną situaciją įvertinti kruopščiau, pavyzdžiui, remiantis suinteresuotųjų šalių pateiktų įrodymų tyrimu. Žr. 2019 m. gruodžio 19 d. Sprendimą *HK / Komisija* (C-460/18 P, EU:C:2019:1119, 89 punktą).

⁷⁷ Kaip jau minėjau, požiūris į tiesioginę diskriminaciją (jeigu ji būtų nustatyta) yra kitoks.