



# Zbierka súdnych rozhodnutí

NÁVRHY GENERÁLNEHO ADVOKÁTA  
GERARD HOGAN  
prednesené 25. februára 2021<sup>1</sup>

**Spojené veci C-478/19 a C-479/19**

**UBS Real Estate Kapitalanlagegesellschaft mbH  
proti  
Agenzia delle Entrate**

[návrh na začatie prejudiciálneho konania, ktorý podal Corte suprema di cassazione (Najvyšší kasačný súd, Taliansko)]

„Návrh na začatie prejudiciálneho konania – Sloboda usadiť sa – Článok 43 ods. 1 ES –  
Voľný pohyb kapitálu – Článok 56 ods. 1 ES – Daň z prevodu vlastníckych práv  
k nehnuteľnostiam a katastrálna daň – Daňové výhody poskytnuté iba uzavretým realitným  
investičným fondom“

## I. Úvod

1. Prostredníctvom týchto návrhov na začatie prejudiciálneho konania žiada Corte suprema di cassazione (Najvyšší kasačný súd, Taliansko) Súdny dvor, aby rozhodol o zlučiteľnosti talianskej právnej úpravy s právom Únie, najmä s ohľadom na ustanovenia zmlúv týkajúce sa voľného pohybu kapitálu a slobody usadiť sa, ak táto talianska právna úprava obmedzuje možnosť využiť 50 % zníženie dane z prevodu vlastníckych práv k nehnuteľnostiam a katastrálnej dane splatnej pri nadobudnutí komerčnej nehnuteľnosti v mene realitných investičných fondov iba na fondy, ktoré budem nazývať „uzavretými“ realitnými investičnými fondmi. Predmetná vec opäť vyvoláva otázky obmedzenia voľného pohybu kapitálu v daňovej oblasti.

2. Tieto návrhy na začatie prejudiciálneho konania boli konkrétne podané v konaniach vedených medzi UBS Real Estate Kapitalanlagegesellschaft mbH (ďalej len „UBS Real Estate“), spoločnosťou založenou podľa nemeckého práva, ktorá vykonáva správu portfólií podielových fondov a Agenzia delle Entrate (daňový úrad, Taliansko, ďalej len „taliansky daňový úrad“). Predmetom tohto konania sú žaloby podané spoločnosťou UBS Real Estate proti implicitne prijatým rozhodnutiam talianskeho daňového úradu nevrátiť dvom nemeckým investičným fondom spravovaným touto spoločnosťou náklady na daň z prevodu vlastníckych práv k nehnuteľnostiam a katastrálnu daň, ktoré tieto fondy zaplatili pri zápise dvoch obchodných komplexov, a to s odôvodnením, že tieto fondy nie sú uzavretými investičnými fondmi, ako na účel priznania 50 % úľavy na dani z prevodu vlastníckych práv k nehnuteľnostiam a katastrálnej dani vyžaduje zákonný dekrét č. 223/2006, ale otvorenými investičnými fondmi.

<sup>1</sup> Jazyk prednesu: angličtina.

## II. Právny rámec

### A. Právo Únie

3. V čase skutkových okolností vo veci samej ešte Lisabonská zmluva nenadobudla platnosť. Hoci teda niektorí účastníci konania odkazovali na ustanovenia Zmluvy o fungovaní Európskej únie a na to, že sú tieto ustanovenia rovnaké ako predtým platné ustanovenia, je potrebné vychádzať z ustanovení Zmluvy o založení Európskeho spoločenstva.

4. Právo Únie rozlišuje v súčasnosti dva druhy nástrojov kolektívneho investovania: podniky kolektívneho investovania do prevoditeľných cenných papierov (PKIPCP) a inštitúcie a nástroje kolektívneho investovania, ktoré nie sú PKIPCP, konkrétne alternatívne investičné fondy (AIF), na ktoré sa vzťahuje smernica Európskeho parlamentu a Rady 2011/61/EÚ z 8. júna 2011 o správcoch alternatívnych investičných fondov a o zmene a doplnení smerníc 2003/41/ES a 2009/65/ES a nariadení (ES) č. 1060/2009 a (EÚ) č. 1095/2010 (ďalej len „smernica o AIF“)<sup>2</sup>, ako aj delegované nariadenie Komisie (EÚ) č. 694/2014 zo 17. decembra 2013, ktorým sa dopĺňa smernica Európskeho parlamentu a Rady 2011/61/EÚ, pokiaľ ide o regulačné technické predpisy určujúce typy správcov alternatívnych investičných fondov<sup>3</sup>.

5. Smernica o AIF ani delegované nariadenie č. 694/2014 však neboli v čase vzniku skutkového stavu veci samej uplatniteľné. Delegované nariadenie č. 694/2014 však ponúka vysvetlenie rozdielu medzi uzavretým a otvoreným fondom.

6. Toto delegované nariadenie bolo prijaté s cieľom doplniť pravidlá obsiahnuté v [smernici o AIF] regulačnými technickými normami určujúcimi typy správcov alternatívnych investičných fondov (ďalej len „správca AIF“) tak, aby sa niektoré požiadavky smernice uplatňovali jednotným spôsobom.<sup>4</sup>

7. Odôvodnenie 2 uvedeného nariadenia vysvetľuje, že:

„Je žiaduce rozlišovať, či správca spravuje AIF otvoreného alebo uzavretého typu alebo oboch typov, aby sa na správcu riadne uplatňovali pravidlá riadenia likvidity a postupov určovania hodnoty podľa [smernice o AIF].“

8. Odôvodnenie 3 nariadenia č. 694/2014 stanovuje, že:

„Rozlišujúcim faktorom pri určení toho, či ide o správcu spravujúceho AIF otvoreného alebo uzavretého typu, by mala byť skutočnosť, že AIF otvoreného typu odkupuje alebo vypláca akcie alebo podielové listy svojim investorom, ak o to ktorýkoľvek z jeho akcionárov alebo podielnikov požiada pred začatím likvidačnej fázy alebo rozpustenia fondu, a to podľa postupov a periodicity stanovených v jeho štatúte alebo zakladajúcich dokumentoch, prospektoch alebo ponukových materiáloch...“

<sup>2</sup> Ú. v. EÚ L 174, 2011, s. 1.

<sup>3</sup> Ú. v. EÚ L 183, 2014, s. 18.

<sup>4</sup> Pozri odôvodnenie 1 delegovaného nariadenia č. 694/2014.

9. Článok 1 ods. 1 až 3 predmetného nariadenia, ktorý je jediným článkom obsahujúcim vecnú úpravu, stanovuje:

„1. Správca AIF môže byť správcom jedného z nasledujúcich typov fondov alebo správcom obidvoch nasledujúcich typov fondov:

- správca AIF otvoreného typu,
- správca AIF uzavretého typu.

2. Za správcu AIF otvoreného typu sa považuje správca, ktorý spravuje akcie alebo podielové listy AIF, ktoré sú na žiadosť ktoréhokoľvek z akcionárov alebo podielnikov odkúpené alebo vyplatené pred začatím likvidačnej fázy alebo rozpustenia fondu, priamo či nepriamo, z aktív AIF a podľa postupov a periodicity stanovených v jeho štatúte alebo zakladajúcich dokumentoch, prospektoch alebo ponukových materiáloch.

Zníženie kapitálu AIF v súvislosti s rozdelením v súlade so štatútom alebo zakladajúcimi dokumentmi AIF, jeho prospektmi alebo ponukovými materiálmi vrátane toho, ktoré bolo povolené uznesením akcionárov či podielnikov a uskutočnilo sa v súlade so štatútom alebo zakladajúcimi dokumentmi, prospektmi alebo ponukovými materiálmi, sa na účely určenia toho, či je AIF otvoreného typu alebo nie, neberie do úvahy.

Skutočnosť, že s akciami alebo podielovými listami AIF je možné obchodovať na sekundárnom trhu a AIF ich neodkupuje ani nevypláca, sa na účely určenia toho, či je AIF otvoreného typu alebo nie, neberie do úvahy.

3. Za správcu AIF uzavretého typu sa považuje správca, ktorý spravuje AIF iného typu, než je opísaný v odseku 2.“

## **B. Talianske právo**

### **1. Legislatívny dekrét č. 347/1990**

10. Decreto Legislativo 31 Ottobre 1990, N. 347 relativo alle disposizioni concernenti le imposte ipotecaria e catastale (legislatívny dekrét č. 347 o schválení konsolidovaného znenia ustanovení týkajúcich sa dane z prevodu vlastníckych práv k nehnuteľnostiam a katastrálnej dane z 31. októbra 1990, ďalej len „legislatívny dekrét č. 347/1990“) stanovuje, že na formálne náležitosti týkajúce sa vkladu, zápisu hypoték, obnovenia a poznámky do katastra nehnuteľností sa vzťahuje daň z prevodu vlastníckych práv k nehnuteľnostiam . Základ dane tvorí hodnota prevedených alebo vkladanych nehnuteľností a sadzba je stanovená na 1,6 %.

11. Legislatívny dekrét č. 347/1990 tiež spresňuje, že sa na zmenu v osobe majiteľa predmetného vlastníckeho práva k nehnuteľnosti alebo vecného práva k nehnuteľnosti zapísaného v katastri nehnuteľností vzťahuje katastrálna daň („imposta catastale“). Táto daň, ktorej sadzba je 0,4 %, je úmerná hodnote dotknutého majetku.

## **2. Ministerský dekrét č. 228/1999**

12. Decreto ministeriale n. 228, – Regolamento recante norme per la determinazione dei criteri generali cui devono essere uniformati i fondi comuni di investimento (ministerský dekrét č. 228 – nariadenie, ktorými sa stanovujú pravidlá na určenie všeobecných kritérií, ktoré musia spĺňať podielové fondy) z 24. mája 1999<sup>5</sup> stanovilo, že realitné fondy sú fondy, ktoré investujú výlučne alebo prevažne do nehnuteľností, práv k nehnuteľnostiam a podielov v realitných spoločnostiach.

## **3. Zákonný dekrét č. 223/2006**

13. Článok 35 s názvom „Opatrenia na boj proti podvodom a daňovým únikom“ Decreto-Legge n. 223 – Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all’evasione fiscale (zákonný dekrét č. 223/2006 o naliehavých ustanoveniach týkajúcich sa hospodárskych a sociálnych stimulov, obmedzenia a racionalizácie verejných výdavkov a tiež opatrení v oblasti rozpočtových príjmov a boja proti daňovým únikom) zo 4. júla 2006<sup>6</sup>, zmenený na zákon po zmenách na základe zákona č. 248 zo 4. augusta 2006 (ďalej len „zákonný dekrét č. 223/2006“), v odseku 10b stanovuje:

„Pokiaľ ide o prechody a prevody týkajúce sa postúpení nehnuteľností na podnikateľské účely..., vrátane prevodov podliehajúcich dani z pridanej hodnoty, ktorých súčasťou sú uzavreté realitné fondy, na ktoré sa vzťahuje článok 37 testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (kodifikované znenie právnych predpisov o finančnom sprostredkovaní) uvedeného v decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (legislatívny dekrét č. 58 z 24. februára 1998), v znení neskorších predpisov, ako aj článok 14a legge 25 gennaio 1994, n. 86 (zákon č. 86 z 25. januára 1994), alebo finančné leasingové spoločnosti, alebo banky a finanční sprostredkovatelia..., sa sadzby katastrálnej dane a dane za prevod vlastníckych práv k nehnuteľnostiam, tak ako sa upravujú v odseku 10a tohto článku, a iba pokiaľ ide o kúpu a spätnú kúpu majetku, ktorý sa má poskytnúť alebo sa poskytol v rámci finančného leasingu, znižujú o polovicu. Ustanovenie podľa predchádzajúcej vety sa uplatňuje od 1. októbra 2006.“

## **4. Legislatívny dekrét č. 58/1998**

14. 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 (legislatívny dekrét č. 58/1998, konsolidované znenie predpisov v oblasti finančného sprostredkovania, na základe článkov 8 a 21 zákona zo 6. februára 1996, č. 52) z 24. februára 1998<sup>7</sup>, v znení účinnom ku dňu vykonania oboch transakcií, ktoré sú predmetom konania vo veci samej, uvádzal v článku 1 s názvom „Definície“:

„1. V tomto legislatívnom dekréte sa budú uplatňovať nasledujúce definície:

...

<sup>5</sup> GURI č. 164 z 15. júla 1999.

<sup>6</sup> GURI č. 153 zo 4. júla 2006.

<sup>7</sup> Riadna príloha ku GURI č. 71 z 26. marca 1998.

- k) „otvorený fond“ znamená spoločný investičný fond, ktorého účastníci majú právo kedykoľvek požadovať vyplatenie podielov podľa štatútu upravujúceho fungovanie tohto fondu;
- l) „uzavretý fond“ znamená podielový fond, v ktorom je účastníkom priznané právo vyplatenia podielov iba vo vopred stanovených termínoch...”

15. Článok 36 legislatívneho dekrétu č. 58/1998, nazvaný „Fondy kolektívneho investovania“, v znení účinnom v čase vzniku skutkových okolností vo veci samej, stanovoval:

„1. Podielový fond je spravovaný spoločnosťou vykonávajúcou správu portfólia, ktorá ho založila, alebo inou spoločnosťou vykonávajúcou správu portfólia. Druhá uvedená spoločnosť spravuje ako fondy, ktoré sama založila, tak fondy založené inými spoločnosťami.

...

3. Účastníctvo v podielovom fonde je upravené stanovami daného fondu. Po prerokovaní s [Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob) (Národná komisia pre obchodné spoločnosti a burzu, Taliansko)] ustanovuje Banca d'Italia nad rámec ustanovení článku 39 všeobecné kritériá na vytvorenie stanov fondu a ich minimálny povinný obsah.

...

6. Každý podielový fond alebo každý podfond toho istého fondu predstavuje samostatné portfólio, ktoré je pre všetky právne účely oddelené od aktív spoločnosti vykonávajúcej správu portfólia a aktív každého z účastníkov, ako aj všetkých ostatných aktív spravovaných rovnakou spoločnosťou...”

16. Článok 37 legislatívneho dekrétu č. 58/1998, v znení účinnom v čase vzniku skutkových okolností vo veci samej, s názvom „Štruktúra podielových fondov“ stanovuje:

„1. Minister hospodárstva a financií určí nariadením prijatým po konzultácii s Banca d'Italia a CONSOB všeobecné kritériá, ktoré musia spĺňať podielové fondy a ktoré sa týkajú:

- a) účelu investície;
- b) kategórií investorov, ktorým je ponuka akcií určená;
- c) podmienok účasti v otvorených a uzavretých fondoch, najmä frekvencie emisie a vyplácania podielov, prípadného minimálneho limitu pre upisovanie podielov a používaných postupov;
- d) prípadnej minimálnej a maximálnej doby trvania;
- da) podmienok nadobúdania alebo vkladov majetku, a to v čase založenia fondu aj potom, pokiaľ ide o fondy, ktoré investujú výlučne alebo prevažne do nehnuteľností, vecných práv k nehnuteľnostiam a nehnuteľností ako podielov v realitných spoločnostiach.

...

2a. V stanovách uvedených v odseku 1 musia byť uvedené aj záležitosti, v súvislosti s ktorými sa účastníci v uzavretých fondoch schádzajú na zhromaždeniach na účely rozhodnutí, ktoré budú pre

spoločnosť vykonávajúcu správu portfólia záväznú. Zhromaždenie vždy rozhoduje o nahradení spoločnosti vykonávajúcej správu portfólia inou spoločnosťou, o žiadosti o prijatie na kótovanie, ak tak nie je stanovené, a o zmenách stratégií správy...”

17. Článok 39 legislatívneho dekrétu č. 58/1998, v znení účinnom v čase vzniku skutkových okolností vo veci samej, nazvaný „Stanovy fondu“, stanovuje:

„1. Vo vzťahu ku každému podielovému fondu vymedzujú stanovy jeho základnú charakteristiku, upravujú jeho fungovanie, uvádzajú zakladateľskú spoločnosť fondu, správcu, ak ním nie je zakladateľská spoločnosť, a depozitnú banku, určujú rozdelenie úloh medzi vyššie menovanými a upravujú existujúce vzťahy medzi nimi a účastníkmi.

2. Stanovy musia obsahovať najmä tieto náležitosti:

- a) názov a dobu trvania fondu;
- b) podmienky účasti vo fonde, lehoty a podmienky vydávania a rušenia podielových listov, ako aj upisovanie a vyplácanie podielov, ako aj podmienky likvidácie fondu;
- c) subjekty, ktorým je zverené právo výberu investícií, a kritériá na umiestňovanie týchto investícií;
- d) druh majetku, finančných nástrojov a iných cenných papierov, do ktorých je možné aktíva fondu investovať;

...”

### III. Skutkový stav vo veci samej a prejudiciálna otázka

18. UBS Real Estate je spoločnosť vykonávajúca správu portfólií podielových fondov s ústredím v Nemecku a pobočkou v Taliansku. Spravuje portfóliá dvoch realitných investičných fondov, a to „UBS (D) 3 Sector Real Estate Europe“ v likvidácii [predtým „UBS (D) 3 Kontinente Immobilien“] a „UBS (D) Euroinvest Immobilien Real Estate Investment Fund“ (ďalej len „fondy UBS“), ktoré boli oba založené podľa nemeckého práva.<sup>8</sup>

19. Dňa 4. októbra 2006 sa UBS Real Estate stala v mene fondov UBS vlastníkom dvoch komplexov nehnuteľností určených na podnikateľskú činnosť nachádzajúcich sa v San Donato Milanese v Taliansku. Pri zápise kúpnej zmluvy týkajúcej sa nadobudnutia týchto dvoch nehnuteľností zaplatila UBS Real Estate talianskemu daňovému úradu v mene oboch fondov daň z prevodu vlastníckych práv k nehnuteľnostiam (1 %) a katastrálnu daň (3 %) v celkovej výške 802 400,00 eura za prvú nehnuteľnosť a 820 900,00 eura za druhú nehnuteľnosť.

20. Neskôr sa UBS Real Estate dozvedela o tom, že 1. októbra 2006 nadobudol účinnosť zákonný dekrét č. 223/2006. Tento zákonný dekrét zakotvuje zníženie dane z prevodu vlastníckych práv k nehnuteľnostiam a katastrálnej dane v prípade nadobudnutia nehnuteľností v mene uzavretých realitných investičných fondov v zmysle článku 37 legislatívneho dekrétu č. 58/1998 o polovicu.

<sup>8</sup> Podľa spoločnosti UBS neboli tieto fondy v Taliansku uvádzané na trh.

21. UBS Real Estate podala na talianskom daňovom úrade dve žiadosti o vrátenie súm, ktoré označila za dva preplatky na katastrálnej dani ku každej nehnuteľnosti, pričom tvrdila, že aj otvorené fondy, ako sú fondy, o ktoré v tejto veci ide, by mali mať nárok na prospech z ustanovení zákonného dekrétu č. 223/2006.

22. Taliansky daňový úrad nevydal žiadne výslovné rozhodnutie o týchto dvoch žiadostiach podaných spoločnosťou UBS Real Estate. Toto pochybenie však viedlo podľa talianskeho práva k prijatiu dvoch implicitných zamietavých rozhodnutí („silenzio-rifiuti“) o uvedených žiadostiach.

23. Následne začala UBS Real Estate dve konania týkajúce sa týchto dvoch implicitných rozhodnutí na Commissione Tributaria Provinciale di Milano (Provinčná daňová komisia Miláno, Taliansko). Tieto konania boli skončené zamietnutím žalôb s odôvodnením, že taliansky zákonodarca výslovne obmedzil zvýhodnenie v podobe zníženia dane v zmysle zákonného dekrétu č. 223/2006 na kategóriu uzavretých investičných fondov.

24. UBS Real Estate podala proti týmto rozsudkom provinčnej daňovej komisie odvolania na Commissione Tributaria Regionale per la Lombardia (Regionálny daňový súd pre Lombardiu, Taliansko).

25. Tieto odvolania boli zamietnuté dvomi rozsudkami Commissione Tributaria Regionale per la Lombardia (Regionálny daňový súd pre Lombardiu) z 3. apríla 2012 s odôvodnením, že vzhľadom na mnohé odlišnosti medzi oboma druhmi realitných fondov (uzavretého fondu, ktorý sa riadi talianskym právom, a otvoreného fondu, ktorý sa riadi nemeckým právom) nedošlo ani k porušeniu práva Únie na základe rozdielneho zaobchádzania (lebo na rôzne skutkové okolnosti je možné použiť rôzne daňové pravidlá), ani k porušeniu článku 25 dohovoru medzi Talianskom a Nemeckom o zamedzení dvojitého zdanenia (lebo údajne nedošlo k žiadnej zistiteľnej diskriminácii na základe štátnej príslušnosti).

26. UBS Real Estate následne podala proti týmto rozhodnutiam dve kasačné sťažnosti týkajúce sa určitých právnych otázok na Corte suprema di cassazione (Najvyšší kasačný súd). V týchto kasačných sťažnostiach UBS Real Estate napadla okrem iného zlučiteľnosť článku 35 ods. 10b zákonného dekrétu č. 223/2006 s ustanoveniami terajších článkov 18, 49 a 63 ZFEÚ. Daňový úrad s touto kasačnou sťažnosťou nesúhlasil a podal vzájomnú kasačnú sťažnosť.

27. Na podporu svojich kasačných sťažností UBS Real Estate najmä tvrdí, že Regionálny daňový súd porušil článok 49 ZFEÚ, keď rozhodol, že rozdielne daňové zaobchádzanie s uzavretými investičnými fondmi a otvorenými investičnými fondmi je odôvodnené rozdielmi v daných situáciách, pričom však tieto rozdiely nie sú z hľadiska použitého kritéria a účelu článku 35 ods. 10b zákonného dekrétu č. 223/2006 relevantné.

28. Corte suprema di cassazione (Najvyšší kasačný súd) sa domnieva, že obe veci v podstate nastoľujú otázku, či rozdiely existujúce medzi uzavretými investičnými fondmi, ktoré sa riadia talianskym právom, a otvorenými investičnými fondmi, ktoré sa riadia právom iného členského štátu, môžu odôvodniť rozdielne daňové zaobchádzanie.

29. V tomto ohľade tento súd uvádza, že taliansky daňový režim realitných podielových fondov bol v posledných rokoch mnohokrát zmenený na účel podpory rozvoja uzavretých fondov, pričom účelom bolo zabezpečiť tiež to, aby tieto fondy neboli využívané na obchádzanie zákonov.

30. Pokiaľ ide konkrétne o článok 35 ods. 10b zákonného dekrétu č. 223/2006, Corte suprema di cassazione (Najvyšší kasačný súd) uviedol, že obmedzenie daňového zvýhodnenia zakotveného v tomto ustanovení na uzavreté fondy má v podstate za cieľ iba propagovať a podporovať rozvoj realitných fondov kolektívneho investovania, za ktorými nestoja vysoko špekulatívne a nejasné úmysly, a obmedziť systémové riziká na trhu s nehnuteľnosťami v prípade krízy. V prípade krízy na trhu s nehnuteľnosťami by totiž osoby, ktoré investovali do investičných fondov tohto typu, všeobecne žiadali predčasné vyplatenie svojich podielov, čo by malo za následok vstrebanie vankúšov likvidity týchto fondov. Aby mohli tieto požiadavky na vyplatenie uspokojiť, boli by tieto fondy následne nútené predať časť nadobudnutých nehnuteľností za sumu nižšiu, než je ich bežná hodnota, čo by krízu ďalej prehĺbilo. Z tohto dôvodu by bolo vhodnejšie motivovať investorov ku kúpe podielových listov uzavretých fondov skôr než fondov otvorených.

31. V tomto kontexte sa Corte suprema di cassazione (Najvyšší kasačný súd) rozhodol prerušiť konanie a položiť Súdnemu dvoru v každej veci jednu prejudiciálnu otázku, pričom tieto otázky sú v oboch veciach formulované rovnako:

„Bráni právo Únie – najmä ustanovenia Zmluvy týkajúce sa slobody usadiť sa a voľného pohybu kapitálu, tak ako ich vykladá Súdny dvor – uplatňovaniu ustanovenia vnútroštátneho práva, akým je ustanovenie článku 35 ods. 10b zákonného dekrétu č. 223/2006 (v rozsahu, v akom sa úľava na dani z prevodu vlastníckych práv k nehnuteľnostiam a katastrálnej dani obmedzuje na uzavreté realitné investičné fondy)?“

32. V priebehu konania položil Súdny dvor talianskej vláde a spoločnosti UBS Real Estate písomné otázky. UBS Real Estate na tieto otázky odpovedala, zatiaľ čo talianska vláda nie, takže niektoré aspekty jej právnej úpravy ešte neboli potvrdené.

#### IV. Analýza

33. Na úvod je potrebné pripomenúť, že po prvé v súlade s článkom 267 ZFEÚ má Súdny dvor právomoc rozhodovať len o prejudiciálnych otázkach, ktoré sa týkajú výkladu zmlúv alebo platnosti a výkladu aktov inštitúcií, orgánov alebo úradov alebo agentúr Únie, nie však takých, ktoré sa týkajú presného výkladu vnútroštátnych právnych predpisov alebo zlučiteľnosti vnútroštátneho práva s pravidlami práva Únie, či správnosti všetkých skutkových okolností obsiahnutých v spise.<sup>9</sup>

34. Z toho vyplýva, že Súdny dvor na jednej strane nemá právomoc rozhodovať o výklade medzinárodnej dohody uzavretej členskými štátmi, ako je dohovor medzi Talianskom a Nemeckom o zamedzení dvojitého zdanenia. Na strane druhej, ak Súdny dvor rozhoduje o prejudiciálnej otázke (oproti situácii v konaní o nesplnení povinnosti), je jeho odpoveď na otázku vždy poskytovaná s ohľadom na okolnosti predložené vnútroštátnym súdom. Výlučne vnútroštátnemu súdu prináleží, aby overil, či boli odovzdané informácie správne a či teda hypotéza položenej otázky zodpovedá situácii vo veci samej, najmä pokiaľ ide o ciele sledované predmetnou právnou úpravou.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Pozri v tomto zmysle rozsudky zo 16. júna 2015, Gauweiler a i. (C-62/14, EU:C:2015:400, bod 15), a z 11. júna 2020, Subdelegación del Gobierno en Guadalajara (C-448/19, EU:C:2020:467, bod 17).

<sup>10</sup> To platí o to viac, že na rozdiel od konania o nesplnení povinnosti nenesú účastníci konania žiadne dôkazné bremeno, keďže návrh na začatie prejudiciálneho konania je konaním vedeným medzi súdmi. Postup zavedený článkom 267 ZFEÚ totiž nie je kontradiktórnym konaním, ale nástrojom spolupráce medzi Súdnym dvorom a vnútroštátnymi súdmi, vďaka ktorému Súdny dvor poskytuje vnútroštátnym súdom výklad práva Únie, ktorý je pre tieto súdy nevyhnutný pri riešení sporu, ktorý majú rozhodnúť. Pozri rozsudok z 15. septembra 2011, Unió de Pagesos de Catalunya (C-197/10, EU:C:2011:590, bod 16).



35. Je pravda, že Súdny dvor môže vziať do úvahy platné dvojstranné dohovory medzi dvoma členskými štátmi ako súčasť právneho rámca, aby vymedzil situáciu predpokladanú vnútroštátnym súdom v jeho otázke, a poskytnúť tak výklad práva Únie, ktorý bude pre vnútroštátny súd užitočný, ak sa nebude vyjadrovať ku konkrétnemu výkladu týchto dohovorov, ktorý je potrebné vykonať.<sup>11</sup>

36. V tomto prípade však nič nenasvedčuje tomu, že by existujúca daňová zmluva medzi Talianskom a Nemeckom predstavovala dôvod na prijatie napadnutých rozhodnutí, a vnútroštátny súd ju ani vo svojich dvoch otázkach neuvádza. Za týchto okolností nevidím žiadny dôvod na to, aby bola v odpovedi na položené otázky braná do úvahy.

37. Po druhé vzhľadom na to, že vnútroštátny súd odkazuje vo svojich otázkach na niekoľko slobôd pohybu, je najprv potrebné určiť, ktorá z týchto slobôd je relevantná.

### A. Určenie relevantných ustanovení Zmluvy

38. Vzhľadom na to, že vnútroštátny súd vo svojej otázke spomína tak slobodu usadiť sa uvedenú v článku 43 ES, ako aj voľný pohyb kapitálu zakotvený v článku 56 ES, je potrebné určiť, či vnútroštátne opatrenie, o ktoré ide v prejednávanej veci, spadá do rámca slobody usadiť sa alebo do rámca voľného pohybu kapitálu, prípadne pod obe tieto slobody.

39. Podľa judikatúry Súdneho dvora treba pri určovaní, či vnútroštátne opatrenie patrí do rámca jednej alebo viacerých slobôd, zohľadniť predmet danej právnej úpravy.<sup>12</sup>

40. V tomto ohľade je potrebné uviesť, že sloboda usadiť sa môže byť definovaná ako sloboda zriadiť alebo previesť spoločnosť v inom členskom štáte, než je štát pôvodu, a to za rovnakých podmienok, aké platia pre rezidentov.<sup>13</sup> Táto sloboda tak predpokladá, že hospodársky subjekt mieni skutočne vykonávať hospodársku činnosť prostredníctvom stálej prevádzkarne a na dobu neurčitú.<sup>14</sup> Tak napríklad v spore týkajúcom sa určitej budovy sa môžu slobody usadiť sa dovoľávať osoby, ktoré sa stanú vlastníčkmi tejto budovy, ak v nej zamýšľajú vykonávať hospodársku činnosť.<sup>15</sup>

41. Zmluva o ES síce nedefinuje pojem „pohyb kapitálu“ – čo nerobí ani ZFEÚ –, no z ustálenej judikatúry vyplýva, že smernica 88/361/EHS z 24. júna 1988, ktorou sa vykonáva článok 67 zmluvy<sup>16</sup>, spolu s klasifikáciou a vysvetlivkami, ktoré sú pripojené k tejto smernici ako jej príloha, je v tomto smere demonštratívna.<sup>17</sup> Podľa vysvetlivky smernice 88/361 je predmetom cezhraničného pohybu kapitálu najmä „nákup budov a pozemkov a výstavba budov súkromnými

<sup>11</sup> Pozri v tomto zmysle rozsudky z 19. januára 2006, Bouanich (C-265/04, EU:C:2006:51, bod 51), a rozsudok z 25. októbra 2017, Polbud – Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804, bod 27).

<sup>12</sup> Rozsudok z 10. februára 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel a Österreichische Salinen (C-436/08 a C-437/08, EU:C:2011:61, bod 34).

<sup>13</sup> Pozri napríklad v tomto zmysle rozsudky z 28. januára 1986, Komisia/Francúzsko (270/83, EU:C:1986:37, bod 14); zo 7. júla 1988, Stanton a L'Étoile 1905 (143/87, EU:C:1988:378, bod 11), a z 25. októbra 2017, Polbud – Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804, bod 33). Podľa môjho názoru stačí, že nerezidenti majú možnosť zvoliť si rovnaký daňový režim, aký je uplatniteľný na rezidentov. Nerezidentom potom teda prináleží rozhodnúť, či uprednostňujú tento alebo iný režim, ktorý pre nich môže byť v závislosti od ich situácie viac či menej výhodný.

<sup>14</sup> Pozri napríklad rozsudky z 23. februára 2016, Komisia/Maďarsko (C-179/14, EU:C:2016:108, body 148 až 150), a zo 14. novembra 2018, Memoria a Dall'Antonia (C-342/17, EU:C:2018:906, bod 44).

<sup>15</sup> Pozri v tomto zmysle rozsudok z 21. januára 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, bod 38).

<sup>16</sup> Ú. v. ES L 178, 1988, s. 5; Mim. vyd. 10/001, s. 10. Táto smernica, ktorá je stále účinná, vykonala úplnú liberalizáciu pohybu kapitálu a predstavovala prvú fázu menovej únie. Pozri rozsudok z 23. februára 1995, Bordessa a i. (C-358/93 a C-416/93, EU:C:1995:54, bod 17).

<sup>17</sup> Rozsudok z 23. februára 2006, van Hilten-van der Heijden (C-513/03, EU:C:2006:131, bod 39).

osobami pre zisk alebo na osobné používanie“. Právo nadobúdať, využívať a scudzovať nehnuteľný majetok na území iného členského štátu totiž pri svojom výkone nutne vytvára pohyb kapitálu.

42. Z toho vyplýva, že každé vnútroštátne opatrenie, ktoré upravuje investície do nehnuteľností uskutočnené nerezidentmi na území členského štátu, by sa mohlo takmer nevyhnutne dotknúť tak slobody usadiť sa, ako aj voľného pohybu kapitálu.<sup>18</sup>

43. Podľa ustálenej judikatúry však nie je dôvodom existencie návrhu na začatie prejudiciálneho konania vydávanie konzultačných stanovísk o všeobecných alebo hypotetických otázkach, ale potreba efektívneho riešenia sporu.<sup>19</sup> Na účely určenia, ktorá sloboda posluží ako základ pre odpoveď na prejudiciálnu otázku, je potrebné zohľadniť okolnosti sporu vo veci samej. Skutočnosť, že vnútroštátne opatrenie by mohlo zasahovať do dvoch slobôd, totiž nevyhnutne neznamená, že sa týchto dvoch slobôd môže dovoľávať žiadajúca osoba vo veci samej. Preto v prípade, že by vnútroštátne opatrenie mohlo patriť do pôsobnosti dvoch slobôd, malo by byť toto opatrenie posudzované len z hľadiska jednej z týchto dvoch slobôd, ak sa za okolností danej veci ukáže, že sa žalobca môže dovoľávať iba jednej z nich.<sup>20</sup>

44. V prejednávanej veci zo spisu podľa všetkého vyplýva, že uvedené dva fondy, ktoré nadobudli predmetné dva komerčné komplexy, tak urobili skôr vo forme pasívnej investície, nie na účely založenia podniku v dotknutých nehnuteľnostiach či ich iného užívania. Z toho vyplýva, že fondy v prejednávanej veci nevyužili svoje právo na slobodu usadiť sa, ale iba svoje právo na voľný pohyb kapitálu.<sup>21</sup> Ako teda zdôraznila Komisia, konštatované rozdielne zaobchádzanie musí byť posudzované výlučne z hľadiska voľného pohybu kapitálu.

45. K tomu, aby sa uplatnila niektorá zo slobôd pohybu spojených s vnútorným trhom, však musia byť splnené dve podmienky: po prvé situácia vo veci samej nesmie byť čisto vnútroštátnou záležitosťou príslušného členského štátu;<sup>22</sup> po druhé oblasť, na ktorú sa vzťahuje vnútroštátne opatrenie, ktorého súlad s právom Únie bol spochybnený, nesmie byť doteraz predmetom úplnej harmonizácie.<sup>23</sup>

46. V tejto veci je prvá podmienka jednoznačne splnená, lebo sťažovateľka koná v mene dvoch fondov, ktoré sa riadia právom iného členského štátu. Pokiaľ ide o druhú podmienku – a to určenie, či oblasť, na ktorú sa opatrenie vo veci samej vzťahuje, je na úrovni Únie plne harmonizovaná – je nutné zohľadniť nie činnosť vykonávanú týmito fondmi, ale skôr charakter a účinok tohto opatrenia.

<sup>18</sup> Pozri v tomto zmysle rozsudok z 1. júna 1999, Konle (C-302/97, EU:C:1999:271, bod 22).

<sup>19</sup> Pozri napríklad rozsudok z 10. decembra 2018, Wightman a i. (C-621/18, EU:C:2018:999, bod 28).

<sup>20</sup> Pozri v tomto zmysle, rozsudky z 26. júna 2008, Burda (C-284/06, EU:C:2008:365, body 68 a 69); z 18. júna 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377, body 34 a 35), a z 30. apríla 2020, Sociétés Générales (C-565/18, EU:C:2020:318, bod 19). Určenie uplatniteľnej slobody alebo slobôd môže mať praktický význam, pretože sloboda usadiť sa spadá do pôsobnosti smernice Európskeho parlamentu a Rady 2006/123/ES z 12. decembra 2006 o službách na vnútornom trhu (Ú. v. EÚ L 376, 2006, s. 36).

<sup>21</sup> Je pravda, že Súdny dvor vo svojom rozsudku z 30. mája 1989, Komisia/Grécko (305/87, EU:C:1989:218), posudzoval právny predpis o uzatváraní právnych úkonov štátnymi príslušníkmi iných členských štátov, ktoré sa týkali nehnuteľností nachádzajúcich sa v gréckych hraničných oblastiach, z hľadiska slobody usadiť sa. Je však potrebné uviesť, že táto vec sa týkala žaloby o nesplnenie povinnosti, nie návrhu na začatie prejudiciálneho konania. V rámci konania o prejudiciálnej otázke musí určenie dotknutej slobody zohľadniť situáciu účastníkov konania (čo je okrem iného dôvod, prečo je na posúdenie prípustnosti otázky rozhodujúce najmä to, či je spor vnútorný alebo nie). V rámci žaloby o nesplnenie povinnosti však Súdny dvor rozhoduje o zlučiteľnosti právnej úpravy s právom Únie všeobecne. Vo veci Komisia/Grécko (305/87, EU:C:1989:218), sa s ohľadom na ciele a obsah predmetnej právnej úpravy mohla táto právna úprava vzťahovať ako na bežných investorov, tak na osoby, ktoré majú záujem sa prostredníctvom dotknutých nehnuteľností usadiť.

<sup>22</sup> Pozri rozsudok z 15. novembra 2016, Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874, bod 47).

<sup>23</sup> Pozri napríklad v tomto zmysle rozsudok zo 16. októbra 2014, Komisia/Nemecko (C-100/13, neuvverejnený, EU:C:2014:2293, bod 62).

47. Na tomto mieste možno poznamenať, že vzhľadom na to, že sa článok 35 zákonného dekrétu č. 223/2006 uplatňuje pri prevodoch a odpredaji nehnuteľností pre podnikateľské účely a jeho účelom je poskytnúť daňové zvýhodnenie, spadá toto opatrenie do rámca práva daní z nehnuteľností. Je zjavné, že právo Únie neharmonizovalo daňové pravidlá uplatniteľné na obchody s nehnuteľnosťami, a to ani v prípadoch, keď sú tieto transakcie, ako v tejto veci, vykonávané „uzavretým“ realitným fondom.

48. Za týchto okolností navrhujem posúdiť predmetnú vnútroštátnu právnu úpravu len z hľadiska voľného pohybu kapitálu zakotveného v článku 56 ES (teraz článok 63 ZFEÚ).

## **B. O existencii obmedzenia**

### **1. O kritériu, ktoré sa má uplatniť**

49. Na úvod treba pripomenúť, že priame dane zostávajú predovšetkým otázkou zverenou členským štátom, ktoré môžu zaviesť taký daňový systém, aký považujú za najvhodnejší. Členským štátom prináleží, aby určili rozsah svojej daňovej právomoci, ako aj základné zásady svojho daňového systému. Členské štáty tak môžu za súčasného stavu harmonizácie vnútroštátneho daňového práva zaviesť taký daňový systém, aký považujú za najvhodnejší.<sup>24</sup>

50. V tomto kontexte nemôžu byť tieto slobody pohybu chápané v tom zmysle, že členský štát je povinný uvádzať svoje daňové pravidlá do súladu s pravidlami iného členského štátu tak, aby sa za každých okolností zaručilo vyrovnanie rozdielov.<sup>25</sup> Nevýhody, ktoré môžu vyplývať z paralelného výkonu daňových právomocí rôznych členských štátov, nesmú byť samy osebe považované za obmedzenie voľného pohybu kapitálu.<sup>26</sup> Ak by to tak totiž bolo, bola by možnosť členských štátov ukladať dane neoprávnene ohrozená. Za týchto okolností je potrebné pripustiť, že kvázi obmedzenia spôsobené koexistenciou dvoch daňových systémov sú mimo pôsobnosti Zmluvy.<sup>27</sup>

51. Členské štáty však musia pri výkone svojej daňovej právomoci dodržiavať slobodu pohybu, čo znamená, že sa v roku 2006 mali zdržať prijatia opatrení zakázaných článkom 56 ods. 1 ES (teraz článok 63 ods. 1 ZFEÚ).<sup>28</sup>

52. V daňových záležitostiach Súdny dvor zastáva všeobecne reštriktívnejší prístup ako v iných záležitostiach, pokiaľ ide o posúdenie toho, ako boli dodržiavané slobody pohybu. Ak totiž vzhľadom na tieto iné záležitosti dospieva Súdny dvor k záveru, že došlo k obmedzeniu, hoci mala predmetná vnútroštátna úprava iba odradzujúci účinok vo vzťahu k cezhraničným transakciám, potom je nutné podotknúť, že samotná skutočnosť, že činnosť alebo transakcie podliehajú určitej dani, nutne robí túto činnosť či transakciu menej príťažlivou. Aby teda nebola neprímerane narušená schopnosť členských štátov vyberať dane, Súdny dvor je v zásade zastáva názor, že aby mohlo byť určité opatrenie považované v tomto zmysle za obmedzenie, musí takéto

<sup>24</sup> Pozri rozsudok z 3. marca 2020, Vodafone Magyarország (C-75/18, EU:C:2020:139, bod 49). Právo Únie členským štátom neukladá, aby navzájom spolupracovali na účely zamedzenia dvojitého zdanenia toho istého príjmu, alebo naopak zamedzenia toho, že istý príjem nebude zdanený vôbec. Pozri rozsudok z 26. mája 2016, NN (L) International (C-48/15, EU:C:2016:356, bod 47, alebo rozsudok z 10. februára 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel a Österreichische Salinen (C-436/08 a C-437/08, EU:C:2011:61, body 169 až 172).

<sup>25</sup> Pozri napríklad rozsudok z 27. februára 2020, AURES Holdings (C-405/18, EU:C:2020:127, bod 32).

<sup>26</sup> Rozsudok zo 16. júla 2009, Damseaux (C-128/08, EU:C:2009:471, bod 27).

<sup>27</sup> Pozri v tomto zmysle rozsudok zo 14. novembra 2006, Kerckhaert a Morres (C-513/04, EU:C:2006:713, bod 20), a návrhy, ktoré predniesol generálny advokát Geelhoed vo veci Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, EU:C:2006:139, bod 39).

<sup>28</sup> Pozri napríklad rozsudok z 12. septembra 2006, Cadbury Schweppes a Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, bod 40).

opatrenie tiež, či už priamo, alebo nepriamo, zakladať diskrimináciu, ktorá bude poškodzovať cezhraničného investora.<sup>29</sup> Súdny dvor teda na účely vyhlásenia určitého opatrenia za nezlučiteľné s právom Únie v zásade vyžaduje uplatnenie kritéria porovnateľnosti.<sup>30</sup>

53. Vo všeobecnosti musí byť opatrenie považované za diskriminačné, ak je jeho účelom alebo dôsledkom zaobchádzať s porovnateľnými situáciami rozdielne, alebo naopak zaobchádzať s rôznymi situáciami rovnako.<sup>31</sup>

54. Vzhľadom na to, že cieľom slobôd pohybu je vytvorenie vnútorného trhu, Súdny dvor pôvodne uplatňoval v tomto kontexte osobitnú definíciu. Ak totiž Zmluva zakazuje použitie určitého osobitného kritéria, dochádza k priamej diskriminácii, keď sa s určitou osobou na základe tohto kritéria výslovne zaobchádza menej priaznivo. K nepriamej diskriminácii naopak dochádza, ak sa kritérium používa spôsobom, ktorý sa javí ako neutrálny, ale v praxi osoby, ktoré toto zakázané kritérium spĺňajú, v porovnaní s inými znevýhodňuje.<sup>32</sup> Na základe tohto prístupu Súdny dvor z hľadiska výkonu slobôd pohybu, vrátane voľného pohybu kapitálu, považoval za priamu diskrimináciu, ak toto opatrenie viedlo k inému zaobchádzaniu z dôvodu štátnej príslušnosti, a za nepriamu diskrimináciu, pokiaľ toto opatrenie, hoci založené na inom kritériu, ako je napríklad kritérium bydliska, v skutočnosti viedlo k rovnakému výsledku.<sup>33</sup>

55. Je však potrebné zdôrazniť, že už počas približne desiatich rokov sa Súdny dvor veľmi často (nie však vždy)<sup>34</sup> uchýľuje k všeobecnej definícii pojmu diskriminácia – špecifikovanej v bode 53 vyššie – ktorá vyvoláva množstvo potenciálnych otázok.

56. Po prvé nemožno neuviesť, že tento všeobecnejší prístup by mohol viesť k paradoxnému výsledku v tom zmysle, že ak určitý právny predpis sleduje jasne diskriminačný cieľ, nebude identifikované žiadna diskriminácia, lebo vzhľadom na tento cieľ by sa mali predmetné situácie považovať za odlišné.

<sup>29</sup> Pozri v tomto zmysle rozsudky zo 6. decembra 2007, Columbus Container Services (C-298/05, EU:C:2007:754, bod 53), a z 26. mája 2016, NN (L) International (C-48/15, EU:C:2016:356, bod 47). Treba pripustiť, že podľa niektorých rozsudkov „opatrenia zakázané článkom [56] ods. 1 [ES] ako obmedzenia pohybu kapitálu zahŕňajú opatrenia, ktoré môžu odradiť osoby bez bydliska v členskom štáte od investovania v ňom alebo odradiť osoby s bydliskom v predmetnom členskom štáte od investovania v iných štátoch“. Pozri napríklad rozsudok z 10. mája 2012, Santander Asset Management SGIIC a i. (C-338/11 až C-347/11, EU:C:2012:286, bod 15). Kurzívou zvýraznil generálny advokát. To však neznamená, že skutočnosť, že má určité opatrenie odradzujúci účinok, je dostatočná na to, aby bolo toto opatrenie kvalifikované ako obmedzenie. Pozri body 23 a 39 tohto rozsudku.

<sup>30</sup> Generálna advokátka J. Kokott navrhovala upustiť od kritéria zákazu diskriminácie a namiesto toho presadzovala použitie na daňové záležitosti rovnaké kritériá, aké boli použité v iných oblastiach. Súdny dvor sa však v tomto smere s jej návrhmi nestotožnil. Pozri návrhy, ktoré predniesla generálna advokátka J. Kokott vo veci Nordea Bank (C-48/13, EU:C:2014:153, bod 22), rozsudok zo 17. júla 2014, Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087, body 23 a 24).

<sup>31</sup> Pozri napríklad rozsudok z 13. marca 2014, Bouanich (C-375/12, EU:C:2014:138, bod 45), a z 30. apríla 2020, Société Générale (C-565/18, EU:C:2020:318, body 24 a 25).

<sup>32</sup> Pozri návrhy, ktoré predniesol generálny advokát N. Wahl vo veci Rakúsko/Nemecko (C-591/17, EU:C:2019:99, bod 42). Pozri tiež v tomto zmysle článok 2 ods. 1 smernice Európskeho parlamentu a Rady 2006/54/ES z 5. júla 2006 o vykonávaní zásady rovnosti príležitostí a rovnakého zaobchádzania s mužmi a ženami vo veciach zamestnanosti a povolania (Ú. v. EÚ L 204, 2006, s. 23).

<sup>33</sup> Pozri napríklad rozsudky zo 14. februára 1995, Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, body 26 až 29); z 20. januára 2011, Komisia/Grécko (C-155/09, EU:C:2011:22, bod 46); z 19. novembra 2015, Hirvonen (C-632/13, EU:C:2015:765, bod 28), a z 18. júna 2020, Komisia/Maďarsko (Transparentnosť združovania) (C-78/18, EU:C:2020:476, bod 62). Tento prístup je podľa všetkého v súlade s judikatúrou, podľa ktorej predstavujú slobody pohybu výnimky zo zásady zákazu diskriminácie na základe štátnej príslušnosti stanovenej v článku 12 ES (teraz článok 18 ZFEÚ), takže ak sa tieto slobody uplatnia, nie je potrebné uplatňovať toto ustanovenie autonómne. Pozri napríklad rozsudok z 21. januára 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, bod 31).

<sup>34</sup> Pokiaľ ide o nedávny príklad použitia prvého prístupu, pozri rozsudok z 3. marca 2020, Tesco-Global Áruházak (C-323/18, EU:C:2020:140, bod 62).

57. Po druhé tento prístup podľa všetkého nie je úplne v súlade s prístupom tiež obhajovaným v niektorých rozsudkoch patriacich do rovnakej oblasti, ktorý spočíva v posudzovaní porovnateľnosti situácií na úrovni odôvodnenia, kým podľa všeobecnej definície pojmu diskriminácia je porovnateľnosť predmetnej situácie súčasťou samotnej definície pojmu diskriminácia.<sup>35</sup>

58. Po tretie vzhľadom na to, že porovnateľnosť musí byť posudzovaná vzhľadom na cieľ sledovaný predmetnou právnou úpravou, je logické pred vykonaním porovnania posúdiť najprv otázku prípustnosti sledovaného cieľa. Za tejto situácie môže vzniknúť otázka, čo ešte zostáva na posúdenie na úrovni odôvodnenia.

59. Osobne sa domnievam, že bez ohľadu na zvolený prístup v prípade priamej diskriminácie, teda diskriminácie z hľadiska účelu, nie je všeobecne nutné posudzovať, či sú predmetné situácie striktné porovnateľné, pretože túto podobnosť možno predpokladať.

60. Pokiaľ ide o úroveň, na ktorej je potrebné porovnanie vykonať, možno poznamenať, že judikatúra na túto tému nerozlišuje vždy celkom jednoznačne medzi jednotlivými úrovňami uplatňovania tohto kritéria (teda či opatrenia predstavujú obmedzenie, a ak áno, či je toto obmedzenie objektívne odôvodniteľné), ale skôr všeobecne skúma, či je dané opatrenie v rozpore so Zmluvami.<sup>36</sup> V každom prípade, hoci by takýto postup bolo možné z metodologického hľadiska považovať za neuspokojivý, poznamenávam, že v rámci konania o prejudiciálnej otázke úroveň, na ktorej je posúdenie porovnateľnosti vykonané, nemá žiadny praktický účinok, samozrejme pod podmienkou, že takéto posúdenie vykonané je.<sup>37</sup>

61. Pokiaľ ide napokon o ciele, ktoré je potrebné skúmať pri posudzovaní porovnateľnosti a dôvodov, možno podľa môjho názoru akékoľvek pochybnosti, ktoré by mohli v tomto zmysle existovať, ľahko vyriešiť. Pre toto porovnanie je dôležitý *cieľ* sledovaný predmetnou *daňovou výhodou alebo nevýhodou, ktorej použitie je spochybňované*, zatiaľ čo na úrovni posudzovania prípadných dôvodov sú cieľmi, ktoré je potrebné vziať do úvahy, tie, ktoré sú v rámci tohto opatrenia *špecificky sledované kritériom, ktoré viedlo k uplatneniu, prípadne, v závislosti od situácie, odopretiu použitia tohto opatrenia* na predmetnú cezhraničnú situáciu alebo transakciu.<sup>38</sup>

<sup>35</sup> Je pravda, že článok 58 ods. 1 písm. a) ES [teraz článok 65 ods. 1 písm. a) ZFEÚ] stanovuje, že „ustanovenia článku 56 majú bez toho, aby boli dotknuté práva členských štátov... uplatňovať príslušné ustanovenia ich daňových zákonov, ktoré rozlišujú daňových poplatníkov podľa miesta bydliska alebo podľa miesta, kde investovali kapitál“. Ako som však vysvetlil v návrhoch, ktoré som predniesol vo veci E (Príjem vyplácaný PKIPCP) (C-480/19, EU:C:2020:942), výraz „bez toho, aby boli dotknuté práva členských štátov“ neimplikuje existenciu výnimky, ale skôr to, že členské štáty môžu, ak je to prípadne za určitých okolností relevantné, zakotviť odlišné pravidlá pre nerezidentov. Domnievam sa teda, že článok 56 ods. 1 písm. a) ES, najmä v spojení s tretím odsekom tohto článku, iba pripomína, pokiaľ ide o kritérium bydliska, v prípade ktorého je použitie takého kritéria, hoci rovnocenného štátnej príslušnosti, zlučiteľné s právom Únie, teda že tieto členské štáty môžu zaobchádzať s osobami rozdielne na základe tohto kritéria pod podmienkou, že to nepredstavuje prostriedok svojvoľnej diskriminácie alebo skrytého obmedzovania, čo predpokladá, že existuje dôvod na použitie daného kritéria (svojvoľná diskriminácia) a že vo svetle tohto dôvodu sa toto odlišné zaobchádzanie nejaví ako nesúdržné (zastrená diskriminácia). Ako príklad rozsudku, v ktorom Súdny dvor pristúpil k porovnaniu situácií na úrovni kvalifikácie opatrenia ako obmedzenia, pozri rozsudok z 23. januára 2014, DMC (C-164/12, EU:C:2014:20, bod 42).

<sup>36</sup> Pozri napríklad rozsudok z 30. apríla 2020, Sociétés Générale (C-565/18, EU:C:2020:318, bod 26).

<sup>37</sup> Táto otázka však môže mať určitý význam v rámci žaloby o nesplnenie povinnosti, keďže dôkazné bremeno vzhľadom na dané obmedzenia nesie Komisia, zatiaľ čo dôkazné bremeno vo vzťahu k odôvodneniu nesie členský štát.

<sup>38</sup> Pozri v tomto zmysle rozsudok z 13. novembra 2019, College Pension Plan of British Columbia (C-641/17, EU:C:2019:960, body 65 a 66), a rozsudok z 23. januára 2014, DMC (C-164/12, EU:C:2014:20, bod 42). Tieto ciele môžu byť niekedy totožné.

62. V tomto zmysle je podľa môjho názoru potrebné mať na pamäti, pokiaľ ide o posudzovanie porovnateľnosti situácií – či už je považovaná za podmienku na vymedzenie pojmu obmedzenie, alebo za dôvod – že porovnávacie kritérium, ktoré sa má použiť na určenie, či rozdielne zaobchádzanie vyplývajúce z predmetnej právnej úpravy odráža rozdiel v objektívnych situáciách, závisí od cieľov sledovaných predmetnou právnou úpravou.<sup>39</sup>

63. V tejto súvislosti je tiež dôležité pamätať na to, že samotná skutočnosť, že je subjektu zahraničného práva, ktorý má právnu formu, ktorá je neznáma v hostiteľskom štáte, odopreté určité daňové zvýhodnenie stanovené pre iné kategórie subjektov, *sama osebe* nestačí na preukázanie toho, že dotknutá právna úprava vytvára neodôvodnené obmedzenie voľného pohybu kapitálu. Takéto pravidlo by totiž mohlo byť úplne v súlade s iným rozhodnutím urobeným týmto členským štátom, a to zdaníť rozdeľované zisky v závislosti od právneho postavenia subjektu, ktorý tieto zisky rozdeľuje, a nie v závislosti od charakteru vykonávanej činnosti.<sup>40</sup> Ako som napríklad vysvetlil vo svojich návrhoch vo veci E (Príjmy vyplácané zo strany PKIPCP) (C-480/19, EU:C:2020:942), je úplne pochopiteľné, keď členský štát uplatňuje daňové pravidlá upravujúce zdanenie dividend na príjmy vyplácané fondmi s právnou subjektivitou, hoci príslušný členský štát neumožňuje, aby boli jeho vlastné fondy v tejto podobe zriaďované.

64. Bolo by však nesprávne vylučovať riziko nepriamej diskriminácie aj v prípade, že by určité zahraničné subjekty mohli splniť relevantné kritérium. Ak je totiž účinkom použitého kritéria iba čiastočné vylúčenie zahraničných subjektov – napríklad tých, ktoré si zvolili určitú právnu formu – potom naopak skutočnosť, že iba zahraničné subjekty zrejme nespĺnia podmienku či podmienky požadované na získanie daňovej výhody, môže spochybníť skutočné úmysly vnútroštátneho zákonodarcu.<sup>41</sup>

65. Za tejto situácie je teda obzvlášť dôležité posúdiť porovnateľnosť situácií týchto zahraničných subjektov na účel posúdenia, či voľba tohto kritéria je v súlade s logikou vnútroštátneho práva a či je teda skutočnosť, že iba zahraničné subjekty toto kritérium zrejme nespĺnia, len dôsledkom voľby členského štátu, že túto osobitnú právnu formu neupravil, alebo či naopak predstavuje táto skutočnosť nepriamy prostriedok zvýhodňovania národných podnikov.

66. Na záver je potrebné pripomenúť, že rozdielne zaobchádzanie môže byť zlučiteľné s právom Únie, pokiaľ je v prípade priamej diskriminácie odôvodnené jedným z dôvodov výslovne stanovených Zmluvami,<sup>42</sup> alebo v prípade nepriamej diskriminácie tiež naliehavými dôvodmi všeobecného záujmu, a v oboch prípadoch pod podmienkou, že je opatrenie vnútroštátneho práva spôsobilé zabezpečiť dosiahnutie sledovaného cieľa a nejde nad rámec toho, čo je na dosiahnutie tohto cieľa nevyhnutné.<sup>43</sup>

<sup>39</sup> Pozri napríklad rozsudok z 10. mája 2012, Santander Asset Management SGIIC a i. (C-338/11 až C-347/11, EU:C:2012:286, bod 28), a z 2. júna 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, bod 49).

<sup>40</sup> Je pravda, že v bode 50 rozsudku z 18. júna 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377), Súdny dvor konštatoval, že „okolnosť, že [v členskom štáte] neexistuje typ spoločnosti s rovnakou právnou formou, akú má [príslušný právny poriadok], nemôže sama osebe odôvodňovať rozdielne zaobchádzanie, keďže, vzhľadom na to, že právo obchodných spoločností členských štátov nie je na úrovni [Únie] úplne harmonizované, by sloboda usadiť sa bola zbavená akéhokoľvek potrebného účinku“. Súdny dvor však nevyvodil existenciu obmedzenia z obvyčajnej okolnosti, že táto právna forma vo vnútroštátnom práve neexistovala, ale iba to, že takáto skutočnosť *sama osebe nepredstavuje odôvodnenie*. Na účel zistenia obmedzenia je dôležité, že vzhľadom na cieľ sledované dotknutým opatrením a uplatňované daňové zásady malo byť s touto formou spoločnosti zaobchádzané rovnako ako s inou formou spoločnosti existujúcej vo vnútroštátnom práve.

<sup>41</sup> Pozri v tomto zmysle rozsudok z 9. októbra 2014, van Caster (C-326/12, EU:C:2014:2269, body 36 a 37), a z 8. júna 2017, Van der Weegen a i. (C-580/15, EU:C:2017:429, bod 29).

<sup>42</sup> Čo sa týka daňových opatrení pozri návrhy, ktoré predniesol generálny advokát Tizzano vo veci SEVIC Systems (C-411/03, EU:C:2005:437, bod 55), alebo všeobecnejšie rozsudky zo 7. mája 1997, Pistre a i. (C-321/94 až C 324/94, EU:C:1997:229, bod 52).

<sup>43</sup> Pozri napríklad rozsudok z 26. februára 2019, X (Sprostredkovateľské spoločnosti so sídlom v tretích krajinách) (C-135/17, EU:C:2019:136, bod 70).

67. Na otázku položenú vnútroštátnym súdom navrhujem odpovedať vo svetle vyššie uvedeného.

## 2. Uplatnenie

68. Na úvod je potrebné pripomenúť, že článok 35 ods. 10b zákonného dekrétu č. 223/2006 podmieňuje možnosť využiť zníženie sadzby daní z prevodu a katastrálnych daní *dvomi osobitnými podmienkami*, a to, že žiadateľ musí byť po prvé uzavretým realitným fondom a že sa na neho po druhé musí vzťahovať článok 37 legislatívneho dekrétu č. 58/1998.

69. Hoci sa otázka položená vnútroštátnym súdom v tejto veci týka len prvej podmienky, dovoľujem si pripojiť niekoľko poznámok aj k druhej podmienke. Poukazujem totiž na skutočnosť, majúc vždy samozrejme na pamäti, ako som už uviedol, že výklad vnútroštátnej právnej úpravy prináleží v konečnom dôsledku vnútroštátnemu súdu, že keďže sú tieto dve podmienky samostatné, možno každou z nich odôvodniť odmietnutie uplatnenia daného 50 % zníženia sadzby dane na predmetné dva realitné fondy.

### a) O druhej podmienke stanovenej v článku 35 ods. 10b zákonného dekrétu č. 223/2006

70. Navrhovateľka tvrdí, že *druhá podmienka* zakladá priamu diskrimináciu, pretože článok 37 legislatívneho dekrétu č. 58/1998 sa vzťahuje iba na *fondy upravené talianskym právom*.

71. Aj keď z informácií poskytnutých vnútroštátnym súdom nevyplýva, aká bola pôsobnosť článku 37 legislatívneho dekrétu č. 58/1998 v čase, keď k rozhodným udalostiam došlo,<sup>44</sup> je dôležité zdôrazniť, že ak by sa ukázalo, že sa toto ustanovenie použilo buď iba na fondy založené podľa talianskeho práva (pokiaľ ide o fondy zriadené na základe zákona), alebo na fondy, ktorých zmluva sa riadi talianskym právom (pokiaľ ide o fondy majúce zmluvnú formu), alebo na fondy, ktorých správcovská spoločnosť je usadená v Taliansku, potom by táto druhá podmienka *predstavovala* priamu diskrimináciu. Za týchto okolností by bol totiž odkaz v článku 35 ods. 10b zákonného dekrétu č. 223/2006 na článok 37 legislatívneho dekrétu č. 58/1998 to isté ako stanovenie kritéria „štátnej príslušnosti“ fondu na účely uplatnenia článku 35 ods. 10b uvedeného zákonného dekrétu.<sup>45</sup>

72. Ako som už vysvetlil, priama diskriminácia môže byť odôvodnená len niektorým z dôvodov výslovne ustanovených v Zmluvách, ktoré sú v zásade zakotvené, pokiaľ ide o voľný pohyb kapitálu, v článku 58 ods. 1 písm. b) ES (teraz článok 65 ods. 1 písm. b) ZFEÚ), a to udržiavaním verejného poriadku a verejnej bezpečnosti,<sup>46</sup> čo zahŕňa aj boj proti daňovým únikom alebo podvodom a nutnosť brániť neobhájiteľným daňovým výhodám.

73. Ak by sa teda ukázalo, že sa článok 37 legislatívneho dekrétu č. 58/1998 uplatní *iba* na fondy, ktoré sú subjektmi talianskeho práva alebo sú spravované spoločnosťami, ktoré sa riadia talianskym právom, je len ťažko predstaviteľné, ako by jeden z týchto dôvodov mohol byť považovaný za daný, keď nebezpečenstvo vyhýbania sa daňovým povinnostiam je podľa všetkého,

<sup>44</sup> Ako bolo už objasnené, smernica o AIF nebola ešte v čase, kedy nastali skutkové okolnosti v prejednávanej veci, prijatá. Realitné fondy navyše nespádali do pôsobnosti smernice Rady 85/611/EHS z 20. decembra 1985 o koordinácii zákonov, iných právnych predpisov a správnych opatrení týkajúcich sa podnikov kolektívneho investovania do prevoditeľných cenných papierov (PKIPCP), ktorá zakotvila princíp kontroly vykonávanej krajinou pôvodu, pretože tieto fondy by nemali investovať do prevoditeľných cenných papierov alebo iných likvidných finančných aktív, ako je uvedené v článku 1 smernice 85/611.

<sup>45</sup> Nešlo by o nepriamu diskrimináciu, pretože použité kritérium by sa, hoci prostredníctvom odkazu, týkalo priamo otázky, či má daná transakcia cezhraničný charakter alebo nie.

<sup>46</sup> Pozri článok 58 ods. 1) písm. b) ES.

vzhľadom na charakter oboch predmetných daní, rovnako závažný bez ohľadu na „štátnu príslušnosť“ dotknutých fondov. Aj keby toto kritérium sledovalo dôvod verejného poriadku spočívajúci v uprednostňovaní „uzavretých“ realitných fondov (čo je podrobnejšie riešené nižšie), aby sa zabránilo vzniku systémového rizika, bolo by toto riziko zrejme stále rovnaké bez ohľadu na „štátnu príslušnosť“ dotknutých fondov.

**b) O prvej podmienke stanovenej v článku 35 ods. 10b zákonného dekrétu č. 223/2006**

*1) O existencii obmedzenia*

74. Pokiaľ ide o prvú podmienku, treba uviesť, že vzhľadom na skutočnosť, že táto podmienka nesúvisí priamo s právom uplatniteľným na fondy, nemožno konštatovať žiadnu priamu diskrimináciu.

75. Pokiaľ ide o otázku prípadnej existencie nepriamej diskriminácie, je potrebné posúdiť, či použité kritérium – a to, či je určitý realitný fond „uzavretý“ – predstavuje kritérium, ktoré, hoci je na prvý pohľad neutrálne, v praxi daňovo znevýhodňuje fondy, ktoré sa riadia iným právnym poriadkom. K tomu je potrebné, aby účinkom tohto kritéria bolo znevýhodnenie fondov, ktoré sa riadia iným právnym poriadkom, aj keď sa tieto fondy nachádzajú z hľadiska cieľov sledovaných dotknutým daňovým opatrením v rovnakej situácii ako fondy, ktoré sa riadia vnútroštátnym právom. Ako je vysvetlené vyššie, v tomto ohľade možno nepriamu diskrimináciu predpokladať v prípade, že jedinými subjektmi, ktoré toto kritérium zrejme nesplnia, budú subjekty, ktoré sa riadia iným právnym poriadkom.<sup>47</sup>

76. V tejto veci, hoci sa dotknuté dane uplatňujú, ak dôjde k nadobudnutiu majetku, na otvorené i uzavreté fondy, prvá podmienka stanovuje, že dotknuté úľavy na daniach vo výške 50 % môžu využiť iba uzavreté fondy. Článok 12a ministerského dekrétu č. 228/1999 stanovuje, že realitné fondy môžu byť v Taliansku zriaďované iba vo forme uzavretých fondov. Z toho vyplýva, že túto podmienku zrejme nesplnia iba fondy, ktoré sa riadia iným právnym poriadkom. Za týchto konkrétnych okolností je teda nutné predpokladať, že použitie tohto kritéria, aj keď na prvý pohľad neutrálneho, predstavuje rozdielne zaobchádzanie na úkor určitých cezhraničných situácií.

77. Takéto rozdielne zaobchádzanie však bude zrejme predstavovať nepriamu diskrimináciu – a teda obmedzenie v zmysle článku 56 ES (teraz článku 63 ZFEÚ) – len vtedy, ak sa možno domnievať, že sa otvorené a uzavreté fondy nachádzajú v skutočne porovnateľných situáciách vzhľadom na ciele sledované zákonodarcom v okamihu, keď poskytol uvedené daňové zvýhodnenie, ktoré je predmetom vzneseného nároku, a to v prejednávanej veci priznanie 50 % zníženia uplatniteľných sadzieb daní.

78. Na prvý pohľad je zrejmy problém spočívajúci v tom, že vnútroštátny súd sa nevyjadril úplne jasne k dôvodu, *prečo* talianske právo také daňové zvýhodnenie poskytlo. V návrhu na začatie prejudiciálneho konania totiž uvedený súd uviedol len toto: „V posledných rokoch boli daňové právne predpisy upravujúce uzavreté fondy investujúce do nehnuteľností predmetom mnohých legislatívnych zásahov motivovaných dvoma protichodnými cieľmi: na jednej strane snahou podporiť rozvoj určitého osobitného nástroja správy aktív, na druhej strane úsilím o obmedzenia jeho využitia na neurčité účely“. Je však ťažké povedať, či sa toto tvrdenie týka článku 35 ods. 10b

<sup>47</sup> Pozri v tomto zmysle rozsudok z 18. júna 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377, bod 50).



zákonného dekrétu č. 223/2006 alebo či ide iba o objasnenie kontextu prejednávanej veci, ktorého cieľom je všeobecne objasniť dôvod, prečo boli predmetné najrôznejšie zásahy do daňového režimu investičných fondov vnútroštátnym zákonodarcom vykonané.

79. Aj za predpokladu, že sa toto vysvetlenie týka konkrétne článku 35 ods. 10b zákonného dekrétu č. 223/2006, vysvetlilo by to iba to, prečo sú otvorené fondy vylúčené zo zvýhodnenia zakotveného v tomto ustanovení, ale nie to, prečo bolo také daňové zvýhodnenie vôbec priznané.

80. V tomto kontexte podala jediné seriózne vysvetlenie cieľa sledovaného 50 % znížením daňových sadzieb UBS Real Estate. Podľa uvedenej spoločnosti bolo skutočným cieľom predmetnej právnej úpravy zabrániť ohrozeniu fondov, ktoré často vykonávajú transakcie nákupu a ďalšieho predaja,<sup>48</sup> lebo by boli z hospodárskeho hľadiska tieto transakcie zdanené dvakrát.<sup>49</sup>

81. Ak by to tak bolo – čo prináleží overiť vnútroštátnemu súdu – bolo by potrebné konštatovať, že z hľadiska takéhoto cieľa musia byť všetky realitné fondy, otvorené či uzavreté, považované za fondy nachádzajúce sa v rovnakej situácii, takže s nimi malo byť v zásade zaobchádzané rovnako.

82. Z toho vyplýva, že ak by toto bol skutočne dôvod, prečo Taliansko upravilo možnosť zníženia predmetných daní, potom by obmedzenie tohto zvýhodnenia iba na uzavreté fondy predstavovalo nepriamu diskrimináciu. Rovnako by to bolo aj v prípade, že by vnútroštátny súd nebol schopný nájsť žiadny jasný cieľ tohto daňového zvýhodnenia.

83. Vzhľadom na to, že by obmedzenie tejto výhody iba na uzavreté fondy mohlo byť zamerané na dosiahnutie určitých cieľov všeobecného záujmu, budem sa teraz venovať práve tejto otázke.

## 2) O existencii odôvodnenia

84. Ako som sa už pokúsil vysvetliť, nepriama diskriminácia by mohla byť zlučiteľná so Zmluvami, ak je podľa všetkého odôvodnená naliehavým dôvodom všeobecného záujmu.

85. V tejto súvislosti vnútroštátny súd v podstate odkázal na dva ciele, ktoré údajne sleduje prvá podmienka stanovená v článku 35 ods. 10b zákonného dekrétu č. 223/2006. Prvým cieľom je podľa neho propagácia a podpora rozvoja realitných fondov kolektívneho investovania, ktoré nie sú založené na vysoko špekulatívnych a neurčitých úmysloch, a druhým cieľom je obmedzenie systémového rizika na trhoch s nehnuteľnosťami (a širších bankových trhoch) v prípade krízy.<sup>50</sup> Okrem týchto dvoch cieľov ešte Komisia spomenula boj proti daňovým únikom. Nakoniec

<sup>48</sup> Na preukázanie, že článok 35 ods. 10b zákonného dekrétu č. 223/2006 sleduje takýto cieľ, odkazuje navrhovateľka na štúdiu č. 2/2009/T z 15. mája 2009 vypracovanú Consiglio nazionale del Notariato (Národná rada notárov, Taliansko), nazvanú Il regime Tributario dei fondi Immobiliari (Daňový režim realitných fondov), ako aj na dokument Assonime (združenie talianskych akciových spoločností). Hoci žiadny z týchto dokumentov nie je oficiálnym prameňom práva, v oboch sa uvádza, že uplatnenie dane z nadobudnutia nehnuteľností určených na podnikateľské účely zohľadňuje skutočnosť, že po nadobudnutí nehnuteľností týmito subjektmi nutne nasleduje ďalší predaj uvedených nehnuteľností: realitné fondy sa zriaďujú na určitú dobu, počas ktorej sú kúpené nehnuteľnosti ďalej predávané.

<sup>49</sup> Z právneho hľadiska to tak zrejme nie je, pretože zdaniteľná osoba nebude v čase kúpy a v okamihu ďalšieho predaja totožná. Hoci nie je zrejme, ako by sa tento jav osobitne dotkol investičných fondov – keďže toto „dvojité“ zdanenie zrejme vyplýva len z uskutočnenia dvoch odlišných právnych transakcií – nemožno vylúčiť možnosť, že skutočne ide o cieľ sledovaný talianskym zákonodarcom.

<sup>50</sup> V tejto súvislosti je nevyhnutné podotknúť, že článok 35 ods. 10b zákonného dekrétu č. 223/2006 sa uplatňuje bez ohľadu na to, či je predmetný fond rozšírený v Taliansku: vzťahuje sa na nadobúdanie nehnuteľností prostredníctvom fondu. Z tohto dôvodu sa Taliansko nemôže dovolávať potreby chrániť investorov.

talianska vláda uviedla ešte ďalší dôvod, a to zachovanie súdržnosti talianskeho systému vzhľadom na to, že talianske právo uznáva uzavreté investičné fondy ako jediný typ fondu, ktorý môže vykonávať transakcie spočívajúce v nadobúdaní nehnuteľností.<sup>51</sup>

86. Pokiaľ ide po prvé o cieľ predkladaný Komisiou, článok 35 zákonného dekrétu č. 223/2006 je síce nazvaný „Opatrenia na boj proti daňovým podvodom a únikom“, no plne súhlasím s názorom tohto účastníka konania, že ak by toto bolo skutočne sledovaným cieľom, bolo by prvé kritérium na dosiahnutie takého cieľa úplne nevhodné. Naznačovalo by sa tým totiž, že nadobudnutia nehnuteľností vykonané otvorenými fondy sú podvodné. Okrem toho podľa ustálenej judikatúry platí, že na to, aby mohol byť prijatý argument založený na takomto zdôvodnení, je potrebné, aby existovala priama spojitosť medzi predmetnou daňovou výhodou a kompenzáciou tejto výhody stanoveného daňového odvodu, k čomu v prejednávanej veci nedošlo.<sup>52</sup>

87. Pokiaľ ide po druhé o dôvod spomínaný talianskou vládou, uvádzam, že takýto dôvod je v rozpore s judikatúrou, podľa ktorej môže nepriama diskriminácia vyplývať zo skutočnosti, že nerezidenti pravdepodobne nebudú schopní splniť požadovanú podmienku alebo podmienky, aby mohli mať prospech z určitého daňového režimu, alebo by tak mohli urobiť len s ťažkosťami.<sup>53</sup>

88. Pokiaľ ide o prvý cieľ uvádzaný vnútroštátnym súdom v súvislosti s bojom proti vysoko špekulatívnemu nadobúdaniam majetku a neurčitým úmyslom, a to bez ohľadu na to, či takýto cieľ predstavuje naliehavý dôvod všeobecného záujmu podľa práva Únie, tento cieľ podľa všetkého nemôže odôvodniť prvú podmienku použitia článku 35 ods. 10b zákonného dekrétu č. 223/2006. Uzavretá alebo otvorená povaha fondu sa totiž týka, ako podotýka UBS Real Estate, možnosti investorov požadovať, aby fondy ich investíciu (ktorú predstavuje počet podielových listov, ktorých sú držiteľmi) vyplatili. Táto povaha samozrejme môže mať vplyv na spôsob, akým bude fond spravovaný, lebo najmä skutočnosť, že investori môžu kedykoľvek požadovať vyplatenie svojich podielových listov, povedie k tomu, že fond bude musieť držať likvidné prostriedky, aby mohol uspokojiť primeraný počet žiadostí. Táto otázka však podľa všetkého nesúvisí s tým, do akej miery je daná investícia uskutočňovaná týmto fondom špekulatívne, ani s tým, ako jasné či nejasné sú úmysly fondu v tomto smere.

89. Ak vnútroštátny súd zamýšľa prostredníctvom tohto dôvodu odkázať na cieľ podporovať dlhodobé nákupy nehnuteľností oproti krátkodobým špekulatívnym nákupom – najmä z toho dôvodu, že krátkodobé špekulatívne nákupy by mohli prispieť k umelému zvýšeniu cien, a teda vytvoriť aj problém prístupu k nehnuteľnostiam – nemôže táto myšlienka sama osebe a za týchto konkrétnych okolností, bez ohľadu na to, ako je chvályhodná, odôvodniť takéto rozdielne

<sup>51</sup> V každom prípade v súlade s článkom 267 ZFEÚ Súdny dvor neprináleží, aby sa v rámci konania o prejudiciálnej otázke vyjadroval k výkladu vnútroštátnych ustanovení, ani mu neprináleží posudzovať, či ich výklad, ktorý poskytuje vnútroštátny súd, je správny, a tým skôr nie zisťovať, aké ciele určité opatrenie sleduje. Pozri v tomto zmysle rozsudok z 21. októbra 2010, Padawan (C-467/08, EU:C:2010:620, bod 22); z 15. septembra 2011, Gueye (C-483/09 a C-1/10, EU:C:2011:583, bod 42), a z 21. júna 2016, New Valmar (C-15/15, EU:C:2016:464, body 25 a 26). Ako už bolo vysvetlené, vzhľadom na to, že daný členský štát nenesie dôkazné bremeno, je potrebné mať na pamäti, že ak rozhoduje Súdny dvor o návrhu na začatie prejudiciálneho konania, robí tak vždy výlučne na základe dôvodov uvedených vnútroštátnym súdom a niekedy, no s určitým priestorom na voľnú úvahu, účastníkmi konania. Ak sa teda ukáže, že predložené dôvody nie sú správne, môže sa odpoveď poskytnúť Súdnym dvorom, aj keď je odôvodnená s ohľadom na okolnosti opísané vnútroštátnym súdom, ukázať pre daný spor ako nepoužiteľná. To isté platí, ak sa zistí, že niektoré ustanovenia vnútroštátnych právnych predpisov, aj keď sú relevantné, neboli vnútroštátnym súdom spomenuté, alebo ak sa ukáže, že citované ustanovenia neboli v skutočnosti na spor vo veci samej použiteľné, najmä z dôvodu časovej pôsobnosti. Hoci je to poľutovaniahodné a vo vzťahu k občanom Únie to spôsobuje určité nedorozumenia, je to dôsledkom konania o návrhu na začatie prejudiciálneho konania, v ktorom Súdny dvor nemá na rozdiel od vnútroštátneho najvyššieho súdu právomoc vykladať vnútroštátne právo, a musí sa teda spoliehať na tvrdenia vnútroštátnych súdov.

<sup>52</sup> Pozri napríklad rozsudok z 1. decembra 2011, Komisia/Belgicko (C-250/08, EU:C:2011:793, bod 71).

<sup>53</sup> Ako som však vysvetlil skôr, okolnosť, že má určitý subjekt formu, ktorá nie je v hostiteľskom členskom štáte uznaná, neukladá tomuto členskému štátu povinnosť použiť na tento subjekt najvýhodnejší existujúci daňový režim, ale skôr len režim vyplývajúci z konzistentného uplatňovania kritérií stanovených vo vnútroštátnej právnej úprave.

zaobchádzanie medzi otvorenými a uzavretými fondmi. Je pravda, že z povahy uzavretého fondu vyplýva, že investori nemôžu vykonávať svoje práva na vyplatenie, kedykoľvek by chceli. Tento charakteristický rys uzavretých fondov ich však nezaväzuje k tomu, aby nehnuteľnosti, ktoré získajú do svojho majetku, mali vo svojom majetku dlhšie, než ak by boli fondy otvorenými. Vzhľadom na to, že prvá podmienka stanovená v článku 35 ods. 10b podľa všetkého nie je v súlade s takým cieľom, nemôže tento cieľ predstavovať požadovaný objektívny dôvod.

90. Druhým dôvodom ponúkaným vnútroštátnym súdom je to, že cieľom vnútroštátnej právnej úpravy je v podstate zabrániť tomu, čo by bolo možné nazvať efektom „snehovej gule“ vo vzťahu k trhu s komerčnými nehnuteľnosťami. V tejto súvislosti vnútroštátny súd vysvetľuje, vo vzťahu k otvoreným fondom, že ak by došlo na trhu v dôsledku poklesu cien nehnuteľností ku kríze, mohlo by to mnohých investorov prinútiť k tomu, aby žiadali o predčasné splatenie časti investovaných súm. Tým by mohlo dôjsť k pohlteniu rezerv likvidity týchto fondov, ktoré by následne mohli byť nútené predať časť týchto nehnuteľností za cenu nižšiu, než je ich účtovná hodnota, aby vyhoveľi žiadostiam o vyplatenie podielov.<sup>54</sup> Aby sa takémuto riziku predišlo, je teda legitímne podporovať iba rozvoj uzavretých fondov – a bez ohľadu na to, či právna úprava, ktorá sa na ne vzťahuje – tým, že sú určité daňové zvýhodnenia vyhradené iba im, ako je práve zvýhodnenie stanovené v článku 35 ods. 10b zákonného dekrétu č. 223/2006.

91. V tomto ohľade cieľ zameraný na obmedzenie rizika systémovej povahy zjavne predstavuje naliehavý dôvod všeobecného záujmu na účely práva Únie.<sup>55</sup> Systémové riziká sú totiž zjavne dôvodom na znepokojenie, ako dokazuje skutočnosť, že Európska únia prijala nariadenie zamerané na obmedzenie takýchto rizík, pokiaľ ide o finančné trhy.<sup>56</sup>

92. Aby však bola nepriama diskriminácia takéhoto druhu zlučiteľná s právom Únie, musí nielen sledovať naliehavý dôvod všeobecného záujmu, ale musí byť tiež primeraná vo vzťahu k dosiahnutiu tohto cieľa. To znamená, že prijaté opatrenia (v prejednávanej veci vylúčenie otvorených fondov z možnosti mať prospech z 50 % zníženia sadzby daní) musia byť spôsobilé zabezpečiť dosiahnutie tohto cieľa, a nesmú ísť nad rámec toho, čo je na dosiahnutie tohto cieľa nevyhnutné.<sup>57</sup>

<sup>54</sup> Rozdiel medzi likviditou otvorených a uzavretých investičných fondov je teraz uznaný článkom 1 delegovaného nariadenia č. 694/2014.

<sup>55</sup> Trvanie na tom, že tento problém existuje, namiesto argumentácie v zmysle rizika, aby bol členský štát oprávnený dovoľávať sa nutnosti tomuto riziku čeliť, by viedlo k legislatívnemu ping-pongu a odrážalo by podľa môjho názoru určitú formu justičnej krátkozrakosti: opatrenie je prijaté ako odpoveď na určitý problém, ale bude musieť byť zrušené, keď nadobudne účinnosť, čo povedie k tomu, že sa predmetný problém zopakuje a to povedie daný štát k obnoveniu uvedeného opatrenia, a tak stále ďalej. Ak je problém v uvedenom členskom štáte v súčasnosti pod kontrolou, možno je to práve preto, že opatrenia prijaté na riešenie tohto problému fungujú.

<sup>56</sup> Pozri nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) č. 1092/2010 z 24. novembra 2010 o makroprudenciálnom dohľade Európskej únie nad finančným systémom a o zriadení Európskeho výboru pre systémové riziká (Ú. v. EÚ L 331, 2010, s. 1). Je pravda, že v tejto veci sa dotknuté systémové riziko týka trhu s nehnuteľnosťami. No existencia takéhoto rizika dozvukov krízy na trhoch s nehnuteľnosťami vo vzťahu k stabilite finančného systému a hospodárstva ako celku je podľa všetkého všeobecne prijímaná. Pozri napríklad prvé odôvodnenie odporúčania Európskeho výboru pre systémové riziká z 31. októbra 2016 o doplnení chýbajúcich údajov o nehnuteľnostiach (ESRB/2016/14) (Ú. v. EÚ C 31, 2017, s. 1).

<sup>57</sup> Pozri napríklad rozsudok z 10. februára 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel a Österreichische Salinen (C-436/08 a C-437/08, EU:C:2011:61, bod 122). Niektoré rozsudky alebo nástroje odkazujú na tretie kritérium, a to, že nesmie byť možné nahradiť túto požiadavku menej reštriktívnym opatrením, ktoré by mohlo viesť k rovnakému výsledku. To však predstavuje druhú stranu tohto kritéria, a to, že dotknuté opatrenia nesmú ísť nad rámec toho, čo je potrebné na dosiahnutie tohto cieľa. Ak by totiž bolo možné prijať menej obmedzujúce opatrenie, ktoré by mohlo viesť k rovnakému výsledku ako dané opatrenie, potom by toto posledné uvedené opatrenie prekračovalo hranice toho, čo je na jeho dosiahnutie nevyhnutné.

93. Domnievam sa tiež, že v prípade predchádzania komplexnému riziku je nutné priznať členským štátom určitý *priestor na voľnú úvahu*.<sup>58</sup> Preskúmanie primeranosti akéhokoľvek opatrenia prijatého na dosiahnutie takého cieľa Súdny dvorom by tak malo byť obmedzené na overenie toho, či nedošlo v tomto smere k zjavnému pochybeniu.<sup>59</sup>

94. Aj keď je tento problém pre trh s nehnuteľnosťami pravdepodobne menej významný ako iné, akým je nadmerné zadĺženie spoločností alebo domácností, je v oblasti financií dobre známy a podľa môjho názoru odôvodňuje, aby sa oň členské štáty zaujímali, pretože akákoľvek kríza je všeobecne výsledkom kombinácie viacerých faktorov. To platí o to viac, ako je to v prejednávanej veci, ak sa dotknuté opatrenie týka konkrétne komerčných nehnuteľností,<sup>60</sup> teda trhu, na ktorom sú investičné fondy hlavnými hráčmi.<sup>61</sup>

95. Navrhujem venovať sa najprv druhému kritériu, a síce nutnosti toho, aby dotknuté opatrenie nešlo nad rámec toho, čo je potrebné na dosiahnutie posudzovaného naliehavého dôvodu všeobecného záujmu.

96. Ak sa v tejto veci zameriame na účinky uplatnenia tohto opatrenia, možno túto podmienku považovať za splnenú, keďže Taliansko iba vylúčilo otvorené fondy z určitého daňového zvýhodnenia, ale neuchýlilo sa k tomu, aby im jasne a jednoducho zakázalo nadobúdať nehnuteľnosti nachádzajúce sa na jeho území.

97. Pokiaľ však ide o prvé kritérium, a to, že opatrenie musí predstavovať vhodný prostriedok spôsobilý zaručiť dosiahnutie posudzovaného naliehavého dôvodu všeobecného záujmu, nie je situácia taká jednoduchá.

98. V tomto smere je potrebné pripomenúť, že po prvé toto kritérium jednoducho vyžaduje, aby dotknuté opatrenie bolo *schopné* tvrdené riziko *znižiť*.<sup>62</sup> To teda znamená, že dotknuté opatrenie je prinajmenšom účinné. Neznamená to však, že toto opatrenie musí byť samo osebe spôsobilé

<sup>58</sup> Pokiaľ ide o zníženie zdravotných rizík, pozri analogicky rozsudok z 1. marca 2018, CMVRO (C-297/16, EU:C:2018:141, bod 65).

<sup>59</sup> Pozri analogicky rozsudok z 18. júna 2015, Estónsko/Parlament a Rada (C-508/13, EU:C:2015:403, bod 29).

<sup>60</sup> Je všeobecne prijaté, že komerčná nehnuteľnosť má určité špecifické vlastnosti, ktoré ju, aspoň čiastočne, odlišujú od trhu s rezidenčnými nehnuteľnosťami. Je však zrejme prijatým faktom, že existuje významné riziko prenikania („spillover“) negatívnych účinkov z odvetvia komerčných nehnuteľností do širšieho finančného sektora a reálneho hospodárstva. V tomto zmysle pozri: Európska rada pre systémové riziká (ESRB), Report on vulnerabilities in the EU commercial real estate sector [Správa o zraniteľnosti odvetvia komerčných nehnuteľností v Únii], november 2018, s. 51. Podľa tejto správy navyše odvetvie komerčných nehnuteľností predstavovalo v roku 2018 v Taliansku približne 6 % hrubého domáceho produktu. Pozri s. 11. Treba pripustiť, že aj keď Taliansko nebolo podľa tejto správy medzi členskými štátmi, ktoré boli najviac vystavené riziku rozšírenia negatívnych účinkov v roku 2018, neznamená to, že toto riziko neexistuje (a tým menej, že neexistovalo v roku 2006). Snaha o elimináciu tohto rizika tak musí byť považovaná za činnosť, ktorá by mohla na účely práva Únie predstavovať naliehavý dôvod všeobecného záujmu.

<sup>61</sup> Podľa niektorých autorov boli fondy investujúce do nehnuteľností v roku 2020 v Taliansku najčastejšie používaným prostriedkom na investovanie do komerčných nehnuteľností. Pozri CROCE, L., de CAPITANI, G., TRUTALLI, F.: Commercial real estate in Italy: Overview. In: *Thomson Reuters Practical law*. Internetový sprievodca typu otázok a odpovedí týkajúcich sa korporátneho práva nehnuteľností v Taliansku. Štúdia PwC, ktorá odkazuje na údaje Banca d'Italia, uvádza, že fondy nehnuteľností v Taliansku spravovali v roku 2019 aktíva pozostávajúce z maloobchodných, kancelárskych alebo priemyselných nehnuteľností v hodnote zodpovedajúcej 56 000 000 000 eur. Táto štúdia však neuvádza celkovú veľkosť tohto trhu. Pozri *Real Estate Market Overview*. PwC, Italy 2019 [Prehľad trhu s nehnuteľnosťami, Taliansko 2019], k dispozícii na internetovej stránke tejto globálnej siete spoločností. V Írsku predstavoval podiel komerčných nehnuteľností v majetku investičných fondov (s výnimkou fondov nehnuteľností a poisťovacích korporácií a penzijných fondov) v roku 2016, v závislosti od odhadu celkového využitého trhu, medzi 25 a 50 % portfólia komerčných nehnuteľností (kancelárskych, maloobchodných a priemyselných). Odhad vytvorený na základe týchto údajov je spomenutý v COATES, D., DALY, P., KEENAN, E., KENNEDY, G., McCARTHY, B.: Who Invests in the Irish Commercial Real Estate Market?: An overview of Non-Bank Institutional Ownership of Irish CRE. In: *Banc Ceannais na hÉireann/Central Bank of Ireland*. [Dlhopisy finančnej stability] 2019, č. 6, s. 5 a 7. Vo Francúzsku je 14 % komerčných nehnuteľností v Paríži a na predmestiach Paríža v majetku investičných fondov (kótovaných na burze alebo nekótovaných, ale s vylúčením inštitucionálnych investorov alebo bánk). Pozri Association française des sociétés de placement immobilier (ASPIM) and Ernst & Young, *L'investissement immobilier, une dynamique au service des territoires: 1<sup>re</sup> étude socio-économique des fonds d'investissement immobilier non cotés*, október 2019, s. 7.

<sup>62</sup> Pozri v tomto zmysle rozsudok z 1. marca 2018, CMVRO (C-297/16, EU:C:2018:141, bod 65).

odstrániť uvedené riziko, čo by bolo v praxi veľmi často nemožné. Ak by to tak nebolo, znamenalo by to, že by bolo členským štátom na účel dosiahnutia určitého cieľa namiesto jednoznačného zákazu skôr bránené v použití kombinácie odradzujúcich opatrení.

99. Po druhé, aby mohlo byť opatrenie považované za vhodný prostriedok spôsobilý zaručiť dosiahnutie naliehavého dôvodu všeobecného záujmu, musí toto opatrenie skutočne odrážať snahu tento cieľ dosiahnuť koherentne a systematicky.<sup>63</sup>

100. Domnievam sa, že v tejto veci existuje súvislosť medzi vnímaným rizikom, ako bolo spomenuté, a otvorenou alebo uzavretou povahou dotknutých fondov. Ako totiž vysvetlil vnútroštátny súd, ak otvorený fond ponúka každodenné vyplácanie, ale podstatná časť aktív, do ktorých tento fond investuje, nemôže byť premenená na likvidné prostriedky počas jedného dňa bez toho, aby došlo k značnej strate hodnoty tohto majetku, vzniká nesúlad aktív a pasív. Tento problém následne vyvoláva riziko spočívajúce v tom, že tieto fondy môžu byť nútené predávať budovy uprostred realitnej krízy, čím akúkoľvek krízu na trhu s komerčnými nehnuteľnosťami ešte viac prehĺbia.<sup>64</sup> To je dôvod, prečo teraz existuje viacero pravidiel zameraných na zaručenie určitej miery likvidity otvorených fondov, aby sa zabezpečilo, že tieto fondy budú schopné plniť svoje povinnosti vyplácania a ďalšie záväzky.<sup>65</sup>

101. Situácia týkajúca sa uzavretých fondov je odlišná. V uzavretom fonde možno na rozdiel od toho, čo v zásade platí pre otvorené fondy, požadovať vyplatenie podielových listov iba vo vopred stanovený deň alebo podľa zvoleného vzorca, až po uplynutí určitého počtu rokov od úpisu. Výhoda uzavretých fondov v porovnaní s otvorenými fondmi spočíva v tom, že v prípade uzavretých fondov nehrozí, že budú vystavené náhlejšej potrebe vykonávať improvizované predaje majetku na účely obstarania likvidity. Okrem toho z hľadiska kapitálových trhov všeobecne platí, že realitné fondy by mali byť zakladané ako fondy s obmedzenou likviditou alebo ako uzavreté fondy, a to z dôvodu dlhodobej povahy investície do nehnuteľností a doby potrebnej na úplné dokončenie predaja nehnuteľných aktív.<sup>66</sup>

<sup>63</sup> Pozri v tomto zmysle rozsudok zo 14. novembra 2018, Memoria a Dall'Antonia (C-342/17, EU:C:2018:906, bod 52).

<sup>64</sup> Pozri napríklad Európska rada pre systémové riziká (ESRB), Report on Vulnerabilities in the EU Commercial Real Estate Sector [Správa o zraniteľnosti odvetvia komerčných nehnuteľností Únie], november 2018, s. 5. „Investičné prostriedky, ako sú otvorené fondy investujúce do nehnuteľností, čelia rizikám vyplácania, ktoré môžu viesť až ku korekciám cien na [trhu s komerčnými nehnuteľnosťami], ak budú fondy nútené predávať svoje aktíva urýchlene.“ Tamže, s. 79. V tejto súvislosti je nutné mať na pamäti, že investori od tohto typu fondu všeobecne žiadajú o vyplatenie s cieľom obmedziť svoje straty z dôvodu poklesu cien na trhu s nehnuteľnosťami.

<sup>65</sup> V októbri 2016 prijala US SEC (Komisia pre burzu a cenné papiere) nové pravidlá na podporu efektívneho riadenia rizika likvidity otvorených fondov (<https://www.sec.gov/rules/final/2016/33-10233.pdf>); v júli 2016 zverejnila HK SFC (Komisia Hongkongu pre cenné papiere a futurity) obežník poskytujúci spravujúcim subjektom dodatočné pokyny, najmä v súvislosti s riadením rizika likvidity (<https://apps.sfc.hk/edistributionWeb/gateway/EN/circular/doc?refNo=16EC29>); UK FCA (Regulačný orgán Spojeného kráľovstva) uverejnil ďalšie pokyny (<https://www.fca.org.uk/publications/documents/liquidity-management-investment-firms-good-practice>); francúzsky AMF (Úrad pre finančné trhy) zverejnil informačnú správu o záťažovom testovaní na úrovni investičných fondov (august 2016, [https://www.amf-france.org/en/news-publications/news-releases/autorite-des-marches-financiers-amf-launches-consultation-use-stress-tests-help-manage-risk-asset](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), finálna správa publikovaná vo februári 2017), ako aj podrobné pokyny na uplatňovanie novozavedených odkladov vyplácania (december 2016, <https://www.amf-france.org/en/news-publications/news/setting-redemption-gates-mechanisms-amf-publishes-new-instruction-and-adjusts-its-existing-policy>); indická SEBI (Rada pre cenné papiere a burzu) zverejnila obežník (máj 2016) v oblasti správy likvidity ([https://www.sebi.gov.in/sebi\\_data/attachdocs/1464693701007.pdf](https://www.sebi.gov.in/sebi_data/attachdocs/1464693701007.pdf)). Pozri tiež Board of the International Organization of Securities Commissions [Rada Medzinárodnej organizácie komisií pre cenné papiere], *Open-ended Fund Liquidity and Risk Management – Good Practices and Issues for Consideration – Final report*, február 2018 (<https://memofin-media.s3.eu-west-3.amazonaws.com/uploads/library/pdf/Memo%20OICV%20gestion%20risque%20liquidit%20c3%a9.pdf>) alebo neskôr, v kontexte krízy spôsobenej ochorením Covid, ESMA, Odporúčania Európskej rady pre systémové riziká o riziku likvidity v investičných fondoch, z 12. novembra 2020, najmä str. 54 týkajúca sa realitných fondov.

<sup>66</sup> Pozri napríklad DILLON, *EUSTACE: A Guide to Irish Regulated Real Estate Funds*. 2009, s. 4.

102. Možno si zaiste oprávnene klásť otázku, či odradzujúci účinok opatrenia spočívajúceho len v odmietnutí daňového zvýhodnenia takému typu fondu je dostatočný na dosiahnutie naliehavého dôvodu všeobecného záujmu v podobe obmedzenia systémového rizika na trhu s nehnuteľnosťami tým, že otvorené fondy od pôsobenia na tomto trhu odrádza.<sup>67</sup> Ako som však už vysvetlil, na to, aby mohlo byť predmetné opatrenie považované za primerané podľa zásady proporcionality, ako je zakotvená v práve Únie, postačuje, aby k dosiahnutiu dotknutého naliehavého dôvodu všeobecného záujmu mohlo prispieť.<sup>68</sup>

103. V tejto veci je nutné podotknúť, že relevantným cieľom, ktorý údajne sleduje prvé kritérium stanovené v článku 35 ods. 10b zákonného dekrétu č. 223/2006, je obmedziť systémové riziká ohrozujúce trh s komerčnými nehnuteľnosťami, ktoré spôsobuje rozvoj činnosti otvorených realitných fondov. Vzhľadom na skutočnosť, že bolo konštatované, že toto prvé kritérium zakladá nepriamu diskrimináciu, čo znamená, že má odradzujúci účinok na príslušné fondy, takéto kritérium k dosiahnutiu tohto cieľa nevyhnutne prispieva.

104. To platí o to viac, že vzhľadom na to, že členským štátom musí byť priznaný určitý priestor na voľnú úvahu pri predchádzaní komplexným rizikám zahŕňajúcim veľké množstvo faktorov, nie je zrejme nijako iracionálne, ak členský štát takéto riziko zohľadní. Ako ukazujú nedávne skúsenosti, k viacerým krízam na niektorých trhoch došlo z toho dôvodu, že súbežne nastali určité udalosti, ktoré sa samy osebe javili ako nepravdepodobné. Udalosti rokov 2007 – 2011 ukázali, že riziko systémových šokov je v tejto situácii veľmi reálne.

105. Podobne si možno v tejto súvislosti klásť otázku, či je takéto opatrenie koherentné s prijatými opatreniami s rovnakým účinkom, pokiaľ ide o otvorené fondy podľa talianskeho práva, keď je týmto talianskym fondom zakázané investovať na trhu s nehnuteľnosťami. Je však potrebné mať na pamäti, že právo Únie sa nevzťahuje na obrátenú diskrimináciu.<sup>69</sup> Skutočnosť, že vo vzťahu k fondom podľa vnútroštátneho práva boli prijaté prísnejšie opatrenia, tak nemôže spochybniť predpoklad, že je daný cieľ sledovaný koherentne.

106. Dotknuté daňové opatrenie je v každom prípade podľa všetkého súčasťou určitého legislatívneho balíka určeného na dosiahnutie tohto cieľa, a to zvýhodnenia investícií, ktoré na talianskom trhu s komerčnými nehnuteľnosťami uskutočňujú nie otvorené, ale uzavreté fondy na zníženie systémového rizika, ktoré by vzniklo v dôsledku príliš veľkého počtu budov vo vlastníctve týchto fondov.<sup>70</sup> Akékoľvek posúdenie toho, či je dotknuté opatrenie dostatočné, by tak vyžadovalo celkové preskúmanie všetkých takých opatrení, ktoré však neboli vnútroštátnym súdom špecifikované.

107. Je pravda, že iné opatrenia, najmä opatrenia vzťahujúce sa na správanie, ako je zákaz nadobúdania nehnuteľností v Taliansku na špekulatívne účely, by boli na tento účel pravdepodobne účinnejšie. Takéto opatrenia by však mali ešte väčší dopad na voľný pohyb kapitálu a na slobodu podnikania. *A fortiori* by sa rovnaký problém objavil aj v prípade, že by boli

<sup>67</sup> Pozri analogicky rozsudok z 10. apríla 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* (C-190/12, EU:C:2014:249, bod 43).

<sup>68</sup> Pokiaľ by v rámci prvej podmienky kritéria proporcionality mal byť účinnosti predmetného opatrenia prikladaný nadmerný význam, táto podmienka by bola konfrontovaná s druhou podmienkou, ktorá stanovuje, že dotknuté opatrenia nesmú ísť nad rámec toho, čo je nevyhnutné.

<sup>69</sup> Pozri rozsudok zo 16. júna 1994, *Steen* (C-132/93, EU:C:1994:254, body 9 až 11).

<sup>70</sup> Pozri bod 76 vyššie. Ako som už uviedol v návrhoch, ktoré som predniesol vo veci *Autoridade Tributária e Aduaneira (Impôt sur les plus-values immobilières)* (C-388/19, EU:C:2020:940), Súdny dvor by nemal posudzovať daňové opatrenia oddelene, ale musí sa skôr usilovať o to, aby získal úplný obraz daňovej právnej úpravy uplatniteľnej na predmetnú situáciu, aj keď sa tým toto posúdenie stáva komplikovanejším.

voči všetkým fondom, ktoré by chceli nadobúdať komerčné nehnuteľnosti v Taliansku, prijaté štrukturálne opatrenia, ako sú tie, ktoré v súčasnosti upravuje smernica o AIF. Je potrebné pamätať na to, že právo na slobodu podnikania zahŕňa právo každého podniku voľne nakladať v medziach zodpovednosti, ktorú nesie za vlastné konanie, s hospodárskymi, technickými a finančnými zdrojmi, ktoré má k dispozícii.

108. UBS Real Estate však tvrdí, že by prvá podmienka nebola vhodná na zabezpečenie toho, aby sa dosiahol cieľ, ktorým je obmedzenie systémového rizika zisteného vnútroštátnym súdom, pretože by medzi týmito uzavretými investičnými fondmi a otvorenými investičnými fondmi neexistoval žiadny rozdiel. Oba druhy fondov sa vyznačujú rovnakými charakteristikami a podliehajú rovnakým pravidlám správy a investovania.

109. Skutočne to tak ale je? Na tomto mieste možno poznamenať, že podobnosti uvádzané spoločnosťou UBS Real Estate, pokiaľ ide o pravidlá správy a investovania, sa vzťahujú na pravidlá uplatniteľné na základe kvalifikácie dotknutých subjektov ako investičných fondov. Pokiaľ ide o problém vznesený vnútroštátnym súdom, UBS Real Estate pripúšťa, že existuje rozdiel medzi otvoreným a uzavretým fondom, lebo v prípade otvoreného fondu z povahy veci vzniká nesúlad aktív a pasív.

110. UBS Real Estate odpovedá tak, že otvorené realitné fondy, ak disponujú väčším množstvom likvidity než uzavreté fondy, sú podľa nej menej rizikovou investíciou. S týmto argumentom sa však nemôžem stotožniť. Riziká, na ktoré na tomto mieste UBS Real Estate odkazuje, sú riziká, ktorým sú vystavení jednotliví investori. To však nie sú riziká uvedené vnútroštátnym súdom, ktoré sú všeobecnej systémovej povahy v tom zmysle, že problém nesúladu aktív a pasív môže prehĺbiť prepád cien na trhu s komerčnými nehnuteľnosťami,<sup>71</sup> a tým, za určitých okolností, ako dokazujú nedávne skúsenosti, v konečnom dôsledku ohroziť aj bankové a finančné trhy.

111. Napokon UBS Real Estate tvrdí, že otvorené fondy podľa nemeckého práva sú v skutočnosti porovnateľné s uzavretými fondmi podľa talianskeho práva. Na jednej strane nemecké právo údajne vyžaduje zachovanie likvidného vankúša, ktorý nesmie klesnúť pod určitú hranicu. Tento likvidný vankúš údajne znižuje riziko likvidity spojené s investíciou. V prípade dotknutých dvoch fondov tak ich prevádzkové pravidlá stanovujú, že musia držať aspoň 5 % hodnoty týchto fondov vo forme likvidných prostriedkov. Na druhej strane tento zákon umožňuje otvoreným fondom zakotviť pravidlá, ktoré im umožnia odložiť prípadný predaj nehnuteľností v majetku fondu na vyplatenie účastníkov, čo vylučuje riziko predvídané vnútroštátnym súdom. Práve takéto pravidlo bolo zakotvené v prevádzkovom poriadku dotknutých fondov.<sup>72</sup> Oproti tomu talianska právna úprava umožňuje talianskym uzavretým fondom upraviť podmienky predčasného vyplatenia podielových listov.

<sup>71</sup> To isté platí pre argumenty spoločnosti UBS Real Estate týkajúce sa odporúčaného investičného horizontu pre investorov týchto fondov.

<sup>72</sup> Článok 12 všeobecného štatútu týchto dvoch fondov, vo verzii zaslanej Súdnemu dvoru, stanovuje: „[správcovská] spoločnosť si vyhradzuje právo dočasne odmietnuť vyplatenie z dôvodov likvidity za účelom ochrany investorov. Ak bankové vklady a výnosy z predaja nástroja peňažného trhu, investičných podielov a cenných papierov v majetku fondu nepostačujú na zaplatenie odkúpnej ceny a zabezpečenie riadneho pokračovania správy podniku alebo ak nie sú okamžite k dispozícii, má spoločnosť právo odmietnuť vyplatenie na dobu šiestich mesiacov. Pokiaľ po uplynutí uvedenej doby stále nie sú k dispozícii dostatočné peňažné prostriedky na vyplatenie, musí byť majetok investičného fondu predaný. Spoločnosť môže odmietnuť vyplatenie až do okamihu dokončenia predaja tohto majetku za prijateľných podmienok, najdlhšie však na dobu dvoch rokov odo dňa podania žiadosti o vyplatenie. Na základe oznámenia investorom [uverejneného v elektronickom Bundesanzeiger (Spolkový úradný vestník) a vo finančnom či inom denníku s dostatočne veľkým počtom výtlačkov alebo v elektronických informačných médiách uvedených v prospekte predaja] môže byť vyššie uvedená doba predĺžená o ďalší rok“.

112. V tomto smere súhlasím s tým, že dojednania, na ktoré odkazuje UBS Real Estate, by skutočne mohli znížiť riziko zistené vnútroštátnym súdom, lebo tieto dojednania umožňujú spoločnosti UBS Real Estate odložiť vyplatenie realizovaných investícií až na obdobie troch rokov. Navyše, hoci prospekty a štatút pre tento fond stanovujú, že investori môžu v zásade požadovať vyplatenie, a táto výplata sa môže pozastaviť iba za výnimočných okolností, je potreba uviesť, že tieto ustanovenia upravujú možnosť pozastaviť uspokojenie pohľadávok na relatívne dlhú dobu a že medzi výnimočné okolnosti, ktoré môžu odôvodniť ich uplatnenie, patrí aj kríza na trhu s nehnuteľnosťami. To všetko však prináleží overiť vnútroštátnemu súdu.

113. Je však potrebné uviesť, že trojročná lehota odkladu žiadosti o vyplatenie uskutočnenej investície je kratšia ako doba, po uplynutí ktorej môžu vyplatenie požadovať investori v uzavretom fonde, ktorá predstavuje všeobecne 5 až 20 rokov, a priemerne trvá 10 až 12 rokov. Vzhľadom na to, že kríza v oblasti nehnuteľností môže pokojne trvať aj dlhšie ako tri roky,<sup>73</sup> vyplýva z toho, že také ustanovenia, ako sú ustanovenia obsiahnuté v prospekte a štatúte spoločnosti UBS Real Estate, by síce mohli slúžiť na zmiernenie rizika spomínaného vnútroštátnym súdom, no úplne toto riziko nevylučujú. Podľa môjho názoru Súdnemu dvoru neprináleží posudzovať, či vzhľadom na obsah predmetných ustanovení je toto pretrvávajúce riziko dostatočné na to, aby odôvodnilo prijatie opatrení členskými štátmi v reakcii na toto riziko. Toto konečné posúdenie prináleží skôr vnútroštátnym súdom.

114. Ak by tieto ustanovenia mohli uvedené riziko v plnom rozsahu odstrániť, vzniká otázka, či by malo byť určité kritérium považované za neprimerané (alebo presahuje rámec toho, čo je nevyhnutné) z dôvodu, že nepredstavuje podrobné posúdenie pravidiel fungovania fondov,<sup>74</sup> ale závisí výlučne od ich kvalifikácie v právnej úprave, ktorou sa fungovanie týchto fondov riadi.<sup>75</sup>

115. Vo veciach voľného pohybu je Súdny dvor voči takému prístupu pomerne obozretný a vyžaduje použitie čo možno najpresnejších kritérií.<sup>76</sup>

116. Ja sa však domnievam, že ak by mal vnútroštátny súd dospieť k záveru, že dôvodom preferenčného daňového zaobchádzania s uzavretými realitnými fondmi bolo chrániť sa pred prípadnými systémovými rizikami na trhu komerčných nehnuteľností a na základe toho aj pred prípadnými systémovými rizikami vznikajúcimi na finančných trhoch, potom použitie takého kritéria podľa všetkého nebolo *zjavne neprimerané*.<sup>77</sup> S vedomím možnosti voľnej úvahy, ktorú členské štáty v týchto záležitostiach majú, by muselo byť za týchto okolností akékoľvek úsilie o zvýhodnenie uzavretých realitných fondov považované za primerané, hoci by bolo možné rozlišovať ešte viac tak, že by boli tiež zvýhodnené určité konkrétne otvorené fondy, ktorých dojednania a prospekty by sa snažili o čiastočné vylúčenie rizika vyplývajúceho z nesúlady aktív a pasív.

<sup>73</sup> Napríklad tzv. „subprime“ kríza mala dosah na americký trh s bývaním prinajmenšom v rokoch 2007 až 2012. Podobná kríza postihla španielsky aj írsky trh s nehnuteľnosťami v období rokov 2008 až 2014.

<sup>74</sup> V tomto zmysle musím pripomenúť, že položená otázka sa týka zlučiteľnosti prvej podmienky uvedenej v článku 35 ods. 10b zákonného dekrétu č. 223/2006, ktorá musí byť splnená, aby bolo možné využiť zníženie daňových sadzieb, nie prax talianskych daňových orgánov. Argumentácia predostretá spoločnosťou UBS Real Estate tak musí byť chápaná tak, že kritizuje použitie podmienky vychádzajúcej z otvorenej alebo uzavretej povahy daného fondu, pretože by bolo bývalo vhodnejšie použiť kritérium založené na prepracovanejšej analýze pravidiel fungovania týchto fondov.

<sup>75</sup> V tejto súvislosti je potrebné opakovane pripomenúť, že v čase, keď nastali skutkové okolnosti vo veci samej, nespádali realitné fondy do pôsobnosti smernice 85/611, a teda sa na tieto fondy nevzťahovala ani zásada vzájomného uznávania, ani samotná zásada kontroly zo strany štátu pôvodu.

<sup>76</sup> No v oblasti, ktorá vskutku patrí do výlučnej právomoci Únie, Súdny dvor pripustil, že použitie všeobecného kritéria (trvania manželstva po dobu jedného roka na ubezpečenie sa o existencii a stabilite vzťahov medzi dotknutými osobami) neporušuje zásadu proporcionality, aj keď by bolo možné vykonať podrobnejšie posúdenie každej situácie založenej napríklad na vykonaní dôkazov predložených zúčastnenými. Pozri rozsudok z 19. decembra 2019, HK/Komisia (C-460/18 P, EU:C:2019:1119, bod 89).

<sup>77</sup> Ako som už uviedol, postoj vo vzťahu k priamej diskriminácii – ak by bola preukázaná – je iný.



## V. Návrh

117. Vzhľadom na vyššie uvedené úvahy preto navrhujem, aby na prejudiciálne otázky, ktoré položil Corte suprema di cassazione (Najvyšší kasačný súd, Taliansko), Súdny dvor odpovedal takto:

Článok 56 ES sa má vykladať v tom zmysle, že umožňuje použitie kritéria založeného na povahe fondu ako fondu otvoreného alebo uzavretého ako podmienky na získanie zníženej sadzby dane z prevodu vlastníckych práv k nehnuteľnostiam a katastrálnej dane, ktoré musia byť zaplatené v prípade nadobudnutia nehnuteľnosti, ak je uvedené kritérium odôvodnené skutočnosťou, že prispieva k ochrane proti systémovým rizikám na relevantnom trhu s nehnuteľnosťami, a tiež pod podmienkou, že nedochádza k priamej diskriminácii na základe takých faktorov, akými je to, či sú fondy spravované v Taliansku, alebo sa inak riadia talianskym právom.