

## SKLEPNI PREDLOGI GENERALNE PRAVOBRANILKE

JULIANE KOKOTT,

predstavljeni 14. julija 2005<sup>1</sup>

### I – Uvod

1. Ta zadeva se nanaša na veljavno ureditev na Švedskem na področju obdavčevanja iztržka od prodaje, ki se uporablja, kadar švedska delniška družba odkupi delnice od lastnih delničarjev, npr. v okviru zmanjšanja osnovnega kapitala. V bistvu gre za to, ali je z določbama o prostem pretoku kapitala (člena 56 ES in 58 ES) prepovedano različno obravnavati delničarje s stalnim prebivališčem na Švedskem oziroma tiste, ki so tam rezidenti, in delničarje, ki nimajo niti stalnega prebivališča na Švedskem oziroma niti niso tam rezidenti, ker lahko prva skupina od obdavčljivega zneska odbije strošek pridobitve<sup>2</sup> delnic, medtem ko to drugi skupini ni dovoljeno.<sup>3</sup>

2. Poleg tega je treba ugotoviti, ali je mogoče nadomestiti morebitno diskriminacijo z bolj ugodnimi določbami iz konvencije o izogibanju dvojnega obdavčevanja, ki velja med Kraljevino Švedsko in državo stalnega prebivališča zadevnega delničarja.

### II – Pravni okvir

#### A – Pravo Skupnosti

3. Pravni okvir Skupnosti v tej zadevi so določbe o prostem pretoku kapitala.

1 – Jezik izvornika: nemščina.

2 – Običajno „strošek pridobitve“ vključuje ceno delnice (se pravi njeno borzno vrednost ali ceno pri izdaji), povečano, če je potrebno, za stroške.

3 – Z vidika prava Skupnosti pri pravni presoji v zadevi ni razlike glede na to, ali se nacionalna zakonodaja navezuje na *stalno prebivališče* ali *rezidentstvo*. Zato kadar se bo v nadaljevanju zaradi poenostavitve nanašalo samo na stalno prebivališče, bodo predložena stališča veljala tudi za merilo rezidentstva.

4. Splošna prepoved omejitev pretoka kapitala med državami članicami ter med državami članicami in tretjimi državami je zapisana v členu 56(1) ES:
3. Ukrepi in postopki iz odstavkov 1 in 2 ne smejo biti sredstvo samovoljne diskriminacije ali prikritega omejevanja prostega pretoka kapitala in plačil iz člena 56.“

„V okviru določb tega poglavja so prepovedane vse omejitve pretoka kapitala med državami članicami ter med državami članicami in tretjimi državami.“

*B – Nacionalno pravo*

5. Glede obsega delovanja, ki so ga države članice zadržale, je treba omeniti člen 58 ES, ki zlasti določa:

6. Kar zadeva veljavne švedske določbe, je treba omeniti zakon o obdavčitvi dividend<sup>4</sup>, na eni strani, in konvencijo o izogibanju dvojnega obdavčevanja, ki velja med Kraljevino Švedsko in Francosko republiko, na drugi strani.

„1. Določbe člena 56 ne posegajo v pravice držav članic, da:

Švedski zakon o obdavčitvi dividend

a) uporabljajo ustrezne predpise svojega davčnega prava, v katerih so različno obravnavani davčni zavezanci, ki niso v enakem položaju glede na prebivališče ali kraj, v katerem je naložen njihov kapital;

7. Kadar švedska delniška družba odkupi delnice od svojih delničarjev s stalnim prebivališčem na Švedskem, se znesek, nakazan delničarju, obdavči kot kapitalski dohodek. To za fizično osebo pomeni, da se za dobiček

[...]

<sup>4</sup> – Lag 1970:624 om kupongskatt (v nadaljevanju: zakon o obdavčitvi dividend).

od prodaje, znižan za stroške pridobitve odsvojenih delnic, uporabi davčna stopnja 30 odstotkov.

Francosko-švedska konvencija o izogibanju dvojnega obdavčevanja

8. Vendar, kadar fizična oseba, od katere so bile delnice odkupljene, nima stalnega prebivališča na Švedskem oziroma ni njena rezidentka, se njej nakazani znesek šteje za izplačilo dividend. Ta znesek je skladno s členoma 1 ter 2(2), (4) in (5) švedskega zakona o obdavčitvi dividend podvržen 30-odstotnemu davku na dividende *brez možnosti* odbitka stroškov pridobitve<sup>5</sup> delnic. V členu 7 zakona o obdavčitvi dividend je določeno, da ta davek osrednji upravljalec delnic odbije pri viru, če iz informacij, ki so na voljo, glede upravičenca dividend izhaja, da ta ni zavezan davku.

9. V členu 27 zakona o obdavčitvi dividend je določena pravica do vračila, če je davek, ki se obračuna iz naslova davka od dividend, višji kot tisti, ki bi ga bilo treba plačati na podlagi konvencije o izogibanju dvojnega obdavčevanja.

10. Člen 10(1) konvencije o izogibanju dvojnega obdavčevanja, ki velja med Francosko republiko in Kraljevino Švedsko<sup>6</sup>, določa, da so dividende, ki jih plača družba, ki je rezident države pogodbenice, rezidentu druge države pogodbenice, obdavčljive v tej drugi državi.

11. Iz člena 10(2) te konvencije izhaja, da so dividende obdavčljive tudi v državi pogodbenici, katere rezident je družba, ki izplača dividende. Vendar če je oseba, ki je dejansko upravičena do teh dividend, fizična oseba, rezidentka druge države pogodbenice, potem tako obračunani davek ne sme preseči 15 odstotkov bruto zneska dividend.

12. V skladu s členom 10(5) konvencije se štejejo za dividende v smislu zgoraj navede-

5 — Pod predpostavko, da nakazane dividende niso dohodki iz gopodarske dejavnosti, ki jo opravlja posrednik stalne poslovne enote na Švedskem.

6 — Konvencija med francosko in švedsko vlado za izogibanje dvojnega obdavčevanja in preprečevanje davčnih utaj na področju davka na dohodek in premoženje, podpisana 27. novembra 1990 v Stockholmu, v Franciji objavljena v francoskem uradnem listu (JORF) 8. aprila 1992 (s popravkom v JORF z dne 22. avgusta 1992), katere besedilo je mogoče najti na naslovu: <http://www.finances.gouv.fr/minefi/europe/index.htm> (zadnjič obiskana 26. maja 2005).

nih določb med drugim prihodki, ki izhajajo iz delnic, ter prihodki, ki so se ob začetku veljavnosti konvencije na podlagi zakonodaje v državi rezidentstva družbe, ki jih izplačuje, za davčne namene obravnavali kot enakovredni.

13. Iz člena 13(6) konvencije izhaja, da so vrste dobička pri odtujitvi vrednostnih papirjev obdavčljive le v državi pogodbenici, katere rezident je odtujitelj.

14. Konvencija o izogibanju dvojnega obdavčevanja glede na podatke, ki jih je posredovalo predložitveno sodišče, temelji na vzorčni konvenciji, ki jo je oblikovala Organizacija za ekonomsko sodelovanje in razvoj (OECD)<sup>7</sup> in za katero je ta tudi sestavila komentar.<sup>8</sup>

7 — Vzorčna konvencija OECD, ki se nanaša na dohodek in premoženje (v angleščini: OECD Income and Capital Model Convention). Ko sta Francoska republika in Kraljevina Švedska sklenili konvencijo, je veljala Vzorčna konvencija z dne 11. aprila 1977 (ISBN-Nr. 92-64-11693-1), katere besedilo – v delu, ki se upošteva v tem primeru – se ujema z besedilom nove Vzorčne konvencije z dne 28. januarja 2003 (naslov v angleščini: OECD Model Convention with respect to taxes on income and on capital, dostopna na internetni strani OECD, zadnjič obiskana 30. maja 2005 na internetnem naslovu: [http://www.oecd.org/document/37/0,2340,en\\_2649\\_33747\\_1913957\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/37/0,2340,en_2649_33747_1913957_1_1_1_1,00.html)).

8 — Vzorčna konvencija o izogibanju dvojnega obdavčevanja dohodka in premoženja, papirnata različica, izdaja: januar 2003, dostopna na spletni strani <http://www.oecdbookshop.org/oecd/display.asp?lang=EN&sf1=identifiers&st1=232002081p1> (zadnjič obiskana 30. maja 2005).

15. Iz komentarja<sup>9</sup> o členu 10 Vzorčne konvencije OECD<sup>10</sup> izhaja, da je treba za dividende šteti ne le izplačila dividend, o katerih se dogovori na letni skupščini delničarjev, temveč tudi druge ugodnosti, ki so izplačane v denarju, kakršne so premijske delnice, bonusi, dobički ob likvidaciji in prikrita izplačila dobička.

16. V komentarju<sup>11</sup> o členu 13 Vzorčne konvencije OECD<sup>12</sup> je razloženo, da če delničar odtuji delnice družbi izdajateljici ob zmanjšanju njenega osnovnega kapitala ali ob likvidaciji te družbe, se lahko razlika med prodajno ceno in nominalno vrednostjo delnic v državi rezidentstva družbe šteje za razdelitev prenesenih dobičkov, in ne za dobiček iz odtujitve. Člen ne nasprotuje temu, da država rezidentstva družbe obdavči takšna izplačila po stopnji, predvideni v členu 10.

9 — Glej točko 27 komentarja k Vzorčni konvenciji OECD iz leta 1977. Besedilo tega komentarja je, kolikor upošteveno v tem primeru, enako točki 28 v komentarju k Vzorčni konvenciji OECD v različici iz januarja 2003, na katero se nanaša predložitveno sodišče v predložitveni odločbi.

10 — Na tem členu temelji člen 10 Konvencije o izogibanju dvojnega obdavčevanja.

11 — Glej točko 31 komentarja k Vzorčni konvenciji OECD iz leta 1997, katere besedilo je enako besedilu točke 31 v različici tega komentarja iz januarja 2003.

12 — Na tem členu temelji člen 13 konvencije o izogibanju dvojnega obdavčevanja.

**III – Dejstva in spor o glavni stvari**

17. M. Bouanich ima stalno prebivališče v Franciji. Bila je delničarka v švedski delniški družbi Förvaltnings AB Ratos. M. Bouanich je tej družbi 2. decembra 1998 odprodala svoje delnice v višini 8.639.402 SEK. Z uporabo zakona o obdavčitvi dividend in konvencije o izogibanju dvojnega obdavčevanja je bil pri viru odtegnjen davek na dividende po stopnji 15 odstotkov, in sicer znesek 1.295.910,30 SEK.

18. M. Bouanich je zato vložila pritožbo na pristojnem davčnem organu Gävle<sup>13</sup> in zahtevala vračilo celotnega davka, ki je bil odtegnjen od dividend. Podredno je zahtevala vračilo delnega davka, ki je bil odtegnjen od dividend, izračunanega z nominalno vrednostjo odprodanih delnic, ki ustreza tudi obdavčitvi te nominalne vrednosti.

19. Davčni organ je 28. septembra 1999 ugodil zahtevi, vloženi podredno, in vrnil davek na dividende v znesku 166.999 SEK.

20. M. Bouanich je pred Länsrätten i Dalarnas län<sup>14</sup> zoper to odločbo vložila tožbo in zahtevala, naj to presodi, da davek na dividende ne bi smel biti odtegnjen od prejetega plačila in da ji je treba vrniti tudi znesek davka, odtegnjenega pri viru.

21. Länsrätten je zavrnilo tožbo s sodbo z dne 29. marca 2001. M. Bouanich se je na to sodbo pritožila pred predložitvenim sodiščem, Kammarrätten Sundsvall<sup>15</sup>.

**IV – Vprašanje za predhodno odločanje in postopek pred Sodiščem**

22. Kammarrätten Sundsvall je Sodišču v predhodno odločanje postavilo tri vprašanja:

13 — Prej: Skattemyndigheten, nato: Skatteverket.

14 — Upravno sodišče v provinci Dalarna.

15 — Pritožbeno sodišče v upravnih zadevah.

„1. Ali člena 56 ES in 58 ES dovoljujeta državi članici, da enako kot dividendo obdavči znesek za pridobitev delnic v umiku, ki ga plača delniška družba s sedežem v državi članici v okviru ureditve izplačil, brez pravice do odbitka stroška pridobitve teh delnic, če je znesek plačan delničarju, ki nima stalnega prebivališča v tej državi članici oziroma ni njen rezident, medtem ko je znesek za pridobitev delnic v umiku iste delniške družbe, plačan delničarju, ki ima stalno prebivališče v tej državi članici oziroma je njen rezident, obdavčen kot dobiček pri odtujitvi s pravico do odbitka stroška pridobitve teh delnic?

nih delnic; ali v teh okoliščinah člena iz prejšnjega vprašanja dovoljujeta državi članici uporabo zgoraj omenjene ureditve?

3) Ali člena 43 ES in 48 ES dovoljujeta državi članici uporabo zgoraj omenjene ureditve?“

23. M. Bouanich, švedska vlada in Komisija so v postopku pred Sodiščem vložile pisna stališča.

**V – Združljivost ureditve, kakršna je v Kraljevini Švedski, z določbami o prostem pretoku kapitala (prvo vprašanje za predhodno odločanje)**

2. Če je odgovor na prvo vprašanje nika-len: če konvencija o izogibanju dvojnega obdavčevanja med državo članico, v kateri je sedež delniške družbe, in državo članico rezidentstva delničarja – upoštevajoč komentar Vzorčne konven-cije o obdavčenju OECD – določa stopnjo obdavčitve, ki je nižja od tiste, ki v primeru pridobitve delnic v umiku velja za zneske, plačane delničarju v prvi državi članici ter delničarju v drugi državi članici, in tudi dovoljuje odbitek zneska nominalne vrednosti odkuplje-

24. Predložitveno sodišče s prvim vpraša-njem v bistvu sprašuje, ali se s pravili o prostem pretoku kapitala (člena 56 ES in 58 ES) nasprotuje nacionalni ureditvi, kot je ta v Kraljevini Švedski, v kateri država članica delničarjem s stalnim prebivališčem v tej državi članici oziroma njenim rezidentom v primeru, ko delniška družba, njena rezi-dentka, odkupi svoje delnice, dopušča, da se

od obdavčljivega iztržka od prodaje odbije strošek pridobitve teh delnic, medtem ko je to prepovedano za delničarje, ki nimajo stalnega prebivališča v tej državi članici oziroma niso njeni rezidenti. Posledica konvencije o izogibanju dvojnega obdavčevanja, ki morebiti obstaja, še ni predmet tega vprašanja, ampak samo drugega vprašanja.

stvarnega kapitala preko meja države članice, ki ni povezan z dobavo blaga ali opravljanjem storitev in zato ne spada pod prosti pretok kapitala<sup>17</sup>. Poleg tega, čeprav ne vsebuje izčrpnega seznama možnih transakcij, ni sporno, da „nomenklatura pretoka kapitala“ v Prilogi I k Direktivi 88/361/EGS<sup>18</sup> nakazuje opredelitev pojma pretoka kapitala<sup>19</sup>.

25. Skladno z ustaljeno sodno prakso, čeprav so neposredni davki v pristojnosti držav članic, morajo te to pristojnost vendarle izvajati v skladu s pravom Skupnosti<sup>16</sup>, se pravi tudi ob spoštovanju določb o prostem pretoku kapitala (člen 56 ES in naslednji).

#### A – Opredelitev pretoka kapitala

26. V Pogodbi ES pojem pretoka kapitala ni opredeljen. Splošno se lahko razume pretok kapitala kot vsak prenos kapitala v denarju ali

27. V skladu s to nomenklaturo prosti pretok kapitala ne zajema le udeležbo brez omejitev s strani tujih vlagateljev<sup>20</sup> v kapitalu družbe rezidentke, ampak tudi operacije

16 — Glej sodbe z dne 14. februarja 1995 v zadevi Schumacker (C-279/93, Recueil, str. I-225, točka 21); z dne 11. avgusta 1995 v zadevi Wielockx (C-80/94, Recueil, str. I-2493, točka 16); z dne 29. aprila 1999 v zadevi Royal Bank of Scotland (C-311/97, Recueil, str. I-2651, točka 19); z dne 6. junija 2000 v zadevi Verkooijen (C-35/98, Recueil, str. I-4071, točka 32); z dne 15. julija 2004 v zadevi Weidert in Paulus (C-242/03, ZOdl., str. I-7379, točka 12); z dne 7. septembra 2004 v zadevi Manninen (C-319/02, ZOdl., str. I-7477, točka 19) in z dne 10. marca 2005 v zadevi Laboratoires Fournier (C-39/04, ZOdl., str. I-2057, točka 14).

17 — Nasprotno naj bi prosti pretok plačil (člen 56(2) ES, predhodno člen 73b(2) Pogodbe ES) omogočil dolžniku denarnega zneska, da v okviru dobave blaga ali opravljanja storitev ali v povezavi s kapitalsko naložbo prostovoljno brez nedopustnih omejitev izvrši pogodbeno obveznost, in upniku, da svobodno sprejme takšno plačilo (glej sodbe z dne 22. junija 1999 v zadevi ED, C-412/97, Recueil, str. I-3845, točka 17, in z dne 31. januarja 1984 v združenih zadevah Luisi in Carbone, 286/82 in 26/83, Recueil, str. 377, točki 21 in 22).

18 — Direktiva Sveta 88/361/EGS z dne 24. junija 1988 o izvajanju člena 67 Pogodbe (UL L 178, str. 5).

19 — Glej sodbo z dne 16. marca 1999 v zadevi Trummer in Mayer (C-222/97, Recueil, str. I-1661, točka 21) in sodbe „Golden-Shares“ z dne 4. junija 2002 v zadevah Komisija proti Portugalski (C-367/98, Recueil, str. I-4731, točka 37), Komisija proti Franciji (C-483/99, Recueil, str. I-4781, točka 36) in Komisija proti Belgiji (C-503/99, Recueil, str. I-4809, točka 37) ter sodbi z dne 2. junija 2005 v zadevi Komisija proti Italiji (C-174/04, ZOdl., str. I-4933, točka 27) in z dne 5. julija 2005 v zadevi D (C-376/03, ZOdl., str. I-5821, točka 24).

20 — V ta namen se je možno opreti na poglavji I in III nomenklature pretoka kapitala (zgoraj navedeno v točki 26).

za likvidiranje ali odstop od udeležbe, repatriacijo iztržka njene likvidacije ali takojšno uporabo tega iztržka v mejah obveznosti Skupnosti<sup>21</sup>.

privlačen, in ki je tak, da odvrne vlagatelja od izvršitve prenosa, pomeni omejitve prostemu pretoku kapitala<sup>22</sup>. Pojem omejitve kapitala v tem pogledu ustreza pojmu omejitve, ki jo je Sodišče razvilo na področju preostalih temeljnih svoboščin<sup>23</sup>.

28. Zato ko delničar proda svoje delnice družbi, ki jih je izdala, – npr. v okviru zmanjšanja osnovnega kapitala – to spada, tako kot izvorni nakup teh delnic, v okvir načela prostega pretoka kapitala.

#### B – Omejitve za prosti pretok kapitala

29. Člen 56(1) ES določa načelo, da so prepovedane vse omejitve pretoka kapitala med državami članicami.

#### Opredelitev omejitve

30. Vsak ukrep, s katerim se oteži čezmejni prenos kapitala, ali pa ta postane manj

31. Prosti pretok kapitala kot vse temeljne svoboščine obsega načelo prepovedi diskriminacije, in sicer prepoved različnega obravnavanja subjektov na finančnem trgu na podlagi njihove narodnosti, prebivališča ali kraja naložbe, ki ni objektivno utemeljeno. Res je, da ta prepoved diskriminacije – nasprotno od nekdanjega člena 67(1) Pogodbe ES – ni izražena v besedilu člena 56(1) ES in da izhaja kvečjemu posredno iz člena 58(3) ES. Vendar pa ni mogoče sklepati, da ima dandanes ta temeljna svoboščina po celotni liberalizaciji pretoka kapitala manjši obseg kakor prej. Ravno nasprotno. Prepoved

21 – Glej v tem smislu četrty pomisljaj uvoda in pojasnila nomenklature pretoka kapitala (navedeno v točki 26 teh sklepnih predlogov) in sodbo Trummer in Mayer, navedena v opombi 19 (točka 22).

22 – Glej v tem smislu sodbo Trummer in Mayer, navedena v opombi 19 (točka 26) in moje sklepne predloge z dne 18. marca 2004 v zadevi Manninen, C-319/02, navedena v opombi 16 (točka 28).

23 – Glej temeljne sodbe z dne 11. julija 1974 v zadevi Dassonville (8/74, Recueil, str. 837, točka 5); z dne 25. julija 1991 v zadevi Säger (C-76/90, str. I-4221, točka 12) in z dne 30. novembra 1995 v zadevi Gebhard (C-55/94, Recueil, str. I-4165, točka 37) in moje sklepne predloge v zadevi Manninen, navedena v opombi 16 (točka 28).



diskriminacije je celo bistvo vseh temeljnih svoboščin in se zato samoumevno predpostavljata v členu 56(1) ES<sup>24</sup>.

Pravna kvalifikacija ureditve, kakršna je ta v Kraljevini Švedski

32. V ureditvi, kakršna je ta v Kraljevini Švedski, veljajo za davčne zavezance, ki so pridobili delnice od družbe rezidentke na Švedskem, različna pravila, odvisno od tega, ali imajo stalno prebivališče na Švedskem. Kadar družba izdajateljica odkupi svoje delnice, je delničarjem, ki imajo stalno prebivališče na Švedskem, namreč dovoljeno odbiti strošek pridobitve teh delnic, se pravi cena delnice ob pridobitvi<sup>25</sup>, povečana, če je potrebno, za stroške, medtem ko to ni dovoljeno delničarjem brez stalnega prebivališča na Švedskem. Iz tega izhaja neenakopravno obravnavanje subjektov na finančnih trgih zaradi njihovega stalnega prebivališča.<sup>26</sup>

24 — Glej v tem smislu sodbe „Golden-Shares“, navedene v opombi 19, Komisija proti Portugalski (točka 44) in Komisija proti Franciji (točka 40), v katerih je Sodišče odločilo, da člen 56(1) ES (nekdanji člen 73b(1) Pogodbe) na splošno prepoveduje omejitve pretoku kapitala med državami članicami in da pomeni ta prepoved *več kot izločitev neenakopravnega obravnavanja subjektov na finančnih trgih zaradi njihove narodnosti*. Zato se lahko sklepa, da v vsakem primeru prosti pretok kapitala zajema prepoved tega neenakopravnega obravnavanja.

25 — Borzna vrednost ali cena pri izdaji.

26 — Ker ima večina delničarjev s stalnim prebivališčem na Švedskem; oziroma delničarji-rezidenti; tudi švedsko državljanstvo, medtem ko tisti brez stalnega prebivališča na Švedskem oziroma rezidentstva tega nimajo, se s švedsko ureditvijo posredno povzroča tudi neenakopravno obravnavanje zaradi državljanstva.

33. Ureditev, kakršna je ta v Kraljevini Švedski, vendarle vsebuje *omejitev pretoka kapitala*. Res je, da v ureditvi ni neposredno predmet nakup ali odtujitev deležev družbe, ampak samo davčno obravnavanje prihodkov iz kapitalskih naložb ali njihove likvidacije. Ker pa je cilj kapitalskih naložb večinoma zaslužiti neto prihodke, davčno obravnavanje teh prihodkov ali iztržkov običajno vpliva tudi na privlačnost samih naložb.<sup>27</sup> Če vlagatelji brez stalnega prebivališča na Švedskem, ki so pridobili delnice družbe rezidentke na Švedskem, ne morejo, kadar te delnice odkupi družba izdajateljica, od iztržka od prodaje, ki je obdavčljiv na Švedskem, odbiti stroška pridobitve delnic, bo to običajno zmanjšalo neto znesek njihovega prihodka in tako zanje zmanjšalo privlačnost čezmejnih kapitalskih naložb na Švedskem.

34. Ta ureditev ima poleg tega za družbe rezidentke na Švedskem omejevalne učinke, saj jih ovira pri kopičenju kapitala zunaj Švedske, ker je zaradi omenjenih razlogov za osebe brez stalnega prebivališča na Švedskem nakup delnic od družbe rezidentke na Švedskem davčno neugoden.

27 — Glej v istem smislu moje sklepne predloge v zadevi Manninen, navedena v opombi 16 (točka 29).

## C – Utemeljitev

35. Prosti pretok kapitala kot temeljno načelo Pogodbe je lahko omejen z nacionalno ureditvijo le, če je ta utemeljena z razlogi iz člena 58(1) ES ali nujnimi razlogi v splošnem interesu in se uporablja za vsako osebo ali podjetje, ki opravlja dejavnost na ozemlju države članice gostiteljice. Da bi bila nacionalna ureditev utemeljena, mora poleg tega ustrezno zagotavljati, da bo zasledovani cilj dosežen, in ne sme presegati tistega, kar je potrebno za doseganje tega cilja, in sicer da ustreza merilu sorazmernosti.<sup>28</sup>

36. V obravnavani zadevi nič ne kaže na to, da bi lahko bila ureditev, kakršna je ta na Švedskem, utemeljena z nujnimi razlogi v splošnem interesu. V poštev bi vendarle lahko prišla utemeljitev iz člena 58(1)(a) ES<sup>29</sup>, s katerim se državam članicam do-

28 — Glej sodbe „Golden-Shares“, navedene v opombi 19, Komisija proti Portugalski (točka 49), Komisija proti Franciji (točka 45) in Komisija proti Belgiji (točka 45) ter Komisija proti Italiji (točka. 35); glej v istem smislu tudi sodbo z dne 14. marca 2000 v zadevi *Église de scientologie (C-54/99, Recueil, str. I-1335, točka 18)*.

29 — Skladno s sedmo izjavo, priloženo k Maastrichtski pogodbi, se ta določba uporablja le za tiste določbe, ki obstajajo ob koncu leta 1993. V tem pogledu je veljavni datum za Švedsko datum njene priključitve, in sicer 1. januar 1995. Ker ni podatkov o nacionalnem pravnem okviru, ki bi temu nasprotoval, se bo predvidevalo, da je zakon o obdavčitvi dividend v različici, ki velja v postopku v glavni stvari, že veljal s tem datumom.

pušča, da uporabljajo ustrezne predpise svojega davčnega prava, v katerih so različno obravnavani davčni zavezanci, ki niso v enakem položaju glede na prebivališče ali kraj, v katerem je naložen njihov kapital<sup>30</sup>.

37. Člen 58(1)(a) ES, ki ga je treba kot izjemo od temeljnega načela prostega pretoka kapitala razlagati ozko, se ne bi smel razlagati tako, da naj bi bila vsaka davčna zakonodaja, ki različno obravnava davčne zavezance glede na narodnost, stalno prebivališče ali kraj, v katerem je naložen njihov kapital, kot taka združljiva s Pogodbo. V členu 58(1)(a) ES določena izjema je namreč sama omejena s členom 58(3) ES, ki določa, da nacionalni ukrepi, omenjeni v členu 58(1) ES, ne smejo biti sredstvo samovoljne diskriminacije ali prikritega omejevanja prostega pretoka ali plačil iz člena 56 ES.<sup>31</sup>

30 — Glej v tem smislu tudi ustaljeno sodno prakso o preostalih temeljnih svoboščinah, med drugim sodbi Schumacker, navedena v opombi 16 (točke od 31 do 34), in *Royal Bank of Scotland*, navedena v opombi 16 (točka 27).

31 — Glej sodbo Manninen, navedeno v opombi 16 (točka 28); glej v istem smislu sodbo *Église de scientologie*, navedeno v opombi 28 (točka 28), glede člena 58(1)(b) ES.

38. Razlikovati je torej treba med dovoljenim neenakim obravnavanjem iz člena 58(1)(a) ES in prepovedano samovoljno diskriminacijo iz člena 58(3) ES. Kajti v skladu s sodno prakso se mora neenako obravnavanje nanašati na položaje, ki med seboj niso objektivno primerljivi, oziroma mora biti utemeljeno z nujnim razlogom v splošnem interesu, da bi se lahko obravnavalo kot združljivo z določbami Pogodbe o prostem pretoku kapitala.<sup>32</sup> Poleg tega različno obravnavanje različnih kategorij davčnih zavezancev, da bi bilo utemeljeno, ne sme preseči tega, kar je potrebno za doseganje zasledovanega cilja zadevne ureditve.<sup>33</sup>

39. Glede na podatke, ki so na voljo, se lahko izhaja iz tega, da so delničarji s stalnim prebivališčem na Švedskem in tisti brez v primerljivih položajih. Ko družba izdajateljica odkupi svoje delnice, neodvisno od stalnega prebivališča delničarjev, obstaja namreč neposredna vez med nastalimi stroški pridobitve delnic in naknadnim iztržkom od prodaje. Ravno kapitalski vložek je pogoj za iztržek od prodaje v primeru odkupa delnic. V tem se položaj v tej zadevi ne razlikuje od položaja v zadevi Gerritse, v kateri je Sodišče presodilo, da so rezidenti

in nerezidenti v primerljivem položaju, v delu, ki se nanaša na poslovne stroške, povezane z dejavnostjo, ki ustvarja njihove prihodke.<sup>34</sup> Če v zadevi Gerritse ni obstajal objektivni razlog, da se nerezidentom prepove odbiti njihove poslovne stroške, potem tudi v tej zadevi ne obstaja objektivni razlog, da se delničarjem brez stalnega prebivališča na Švedskem prepove odbiti strošek pridobitve delnic.<sup>35</sup>

40. Zato ureditev, kakršna je ta v Kraljevini Švedski, ni dovoljeno neenako obravnavanje v smislu člena 58(1)(a) ES, temveč samovoljna diskriminacija, prepovedana s členom 58(3) ES.

41. Ob upoštevanju zgoraj navedenega sklepanja, da pravila o prostem pretoku kapitala (člena 56 ES in 58 ES) nasprotujejo nacionalni ureditvi, v kateri država članica dovoli delničarjem s stalnim prebivališčem v tej državi članici oziroma tistim, ki so njeni rezidenti, da – ko družba izdajateljica, ki je rezidentka te države članice, odkupi svoje delnice – od obdavčljivega iztržka od prodaje odbijejo strošek pridobitve delnic, medtem

32 — Glej sodbi Manninen, navedena v opombi 16 (točka 29), in Verkooijen, navedena v opombi 16 (točka 43 in navedena sodna praksa).

33 — Glej v istem smislu sodbo Manninen, navedeno v opombi 16 (točka 29).

34 — Glej sodbo z dne 12. junija 2003 v zadevi Gerritse (C-234/01, Recueil, str. I-5933, točka 27), ki se nanaša na svobodo opravljanja storitev.

35 — Glej v istem smislu sodbo Royal Bank of Scotland, navedeno v opombi 16 (točka 27 in naslednje), in sodbo z dne 21. septembra 1999 v zadevi Saint-Gobain ZN (C-307/97, Recueil, str. I-6161, točki 48 in 49), v katerih je Sodišče ravno tako presodilo, da pomeni dejstvo, da se dodelijo davčne ugodnosti rezidentom, in ne nerezidentom, diskriminacijo.

ko je to prepovedano delničarjem brez stalnega prebivališča ali rezidentstva v tej državi članici.

s konvencijo o izogibanju dvojnega obdavčevanja, ki se v tem primeru uporablja, v celoti odstraniti ugotovljeno omejitev za prosti pretok kapitala (B).

## VI – Posledice konvencije o izogibanju dvojnega obdavčevanja (drugo vprašanje za predhodno odločanje)

### A – Upoštevnost konvencije o izogibanju dvojnega obdavčevanja na splošno

42. Predložitveno sodišče z drugim vprašanjem v bistvu sprašuje, ali je rešitev pri prvem vprašanju lahko drugačna, če se upošteva konvencija o izogibanju dvojnega obdavčevanja, s katero se postavlja zgornja meja obdavčitve za delničarja brez stalnega prebivališča ali rezidentstva v zadevni državi članici in ki mu – z razlago te konvencije ob upoštevanju komentarja OECD o zadevni Vzorčni konvenciji – odpira možnost, da od obdavčljivega iztržka od prodaje odbije nominalno vrednost delnic.

44. Videti je, da Komisija meni, da konvencije o izogibanju dvojnega obdavčevanja, kot je ta med Francosko republiko in Kraljevino Švedsko, na splošno niso upoštevne, kadar gre za presojo skladnosti nacionalne davčne ureditve s temeljnimi svoboščinami.<sup>36</sup> To utemeljuje s sodbami „*Avoir fiscal*“<sup>37</sup> in Saint-Gobain ZN<sup>38</sup>. M. Bouanich argumentira na podoben način in to utemeljuje s sodbo Eurowings Luftverkehr<sup>39</sup>.

43. Na to vprašanje je treba odgovoriti postopno. Najprej je treba preučiti uvodno vprašanje, ali je sploh treba upoštevati konvencijo o izogibanju dvojnega obdavčevanja, kadar gre za presojo skladnosti davčne ureditve s temeljnimi svoboščinami (A). Nato je treba preveriti, ali je mogoče

36 – Komisija v točki 41 svojih pisnih stališč navaja, da spoštovanje prava Skupnosti ne more biti odvisno od vsebine konvencije o izogibanju dvojnega obdavčevanja, ki sta jo sklenili dve državi članici. Poleg tega se omejitev temeljne svoboščine ne more utemeljiti s tem, da bi lahko zadevna oseba morebiti uživala druge ugodnosti.

37 – Sodba z dne 28. januarja 1986 v zadevi Komisija proti Franciji, imenovana „*Avoir fiscal*“ (270/83, Recueil, str. 273, točka 26).

38 – Sodba Saint-Gobain ZN, navedena v opombi 35 (točka 54).

39 – Sodba z dne 26. oktobra 1999 v zadevi Eurowings Luftverkehr (C-294/97, Recueil, str. I-7447).

45. S tem se ne strinjam.

46. Odprava dvojnega obdavčevanja je eden izmed ciljev Skupnosti, in to nenazadnje izhaja iz same Pogodbe iz člena 293, druga alineja, ES. Države članice, kadar ni Skupnostnih ukrepov za poenotenje ali uskladitev, ostajajo pristojne, da zaradi odprave dvojnega obdavčevanja, v tem primeru po pogodbeni poti, določijo merila za obdavčitev dohodkov in premoženja. V teh okoliščinah države članice z dvostranskimi sporazumi prosto določijo navezovalne okoliščine za dodelitev davčne pristojnosti.<sup>40</sup>

47. Kar zadeva izvrševanje tako razdeljene davčne pristojnosti, pa morajo države članice vendarle spoštovati pravila Skupnosti.<sup>41</sup> To ima predvsem dve posledici: prvič, država članica ne more spoštovanja obveznosti iz prava Skupnosti, in sicer zlasti spoštovanja temeljnih svoboščin, ki se uporabljajo neposredno, podrediti pogoju vzajemnosti ali povzročiti, da je to spoštovanje na takšen ali drugačen način odvisno od vsebine

sporazuma z drugo državo članico (*pogoj vzajemnosti*)<sup>42</sup>. Drugič, neugodno davčno obravnavanje, ki je v nasprotju s temeljno svoboščino, ne more biti utemeljeno z obstojem drugih davčnih ugodnosti, če se domneva da take ugodnosti obstajajo (*napotitev na druge ugodnosti*)<sup>43</sup>.

48. V obravnavani zadevi ni vprašanje niti pogoj vzajemnosti niti druge ugodnosti.

49. Po eni strani nič ne nakazuje na to, da obstaja pogoj vzajemnosti, ki bi ga bilo treba upoštevati. V tej zadevi se namreč, nasprotno od zadeve „*Avoir fiscal*“, ne razlaga, ali celo utemeljuje, neugodno obravnavanje državljanov Skupnosti z neobstojem konvencije o izogibanju dvojnega obdavčevanja.<sup>44</sup> Ravno nasprotno, tukaj gre ravno za obratno vprašanje, in sicer, ali lahko ob upoštevanju že obstoječe konvencije o izogibanju dvojnega

40 — Glej sodbo z dne 12. maja 1998 v zadevi Gilly (C-336/96, Recueil, str. I-2793, točke 16, 24 in 30); sodbo Saint-Gobain, navedeno v opombi 35 (točka 57).

41 — Glej sodbo Saint-Gobain, navedeno v opombi 35 (točka 58), in v istem smislu sodbo D, navedeno v opombi 19 (točka 52).

42 — Glej sodbo „*Avoir fiscal*“, navedeno v opombi 37 (točka 26). V istem smislu sodbo z dne 26. septembra 1996 v zadevi Data Delecta (C-43/95, Recueil, str. I-4661, točka 21). O prepovedi pogoja recipročnosti glej tudi sodbi z dne 25. oktobra 1979 v zadevi Komisija proti Italiji (159/78, Recueil, str. 3247, točka 23) in z dne 30. junija 2005 v zadevi Tod's in Tod's France (C-28/04, ZOdl., str. 5781, točka 34).

43 — Glej sodbe „*Avoir fiscal*“, navedena v opombi 37 (točka 21), Saint-Gobain ZN, navedena v opombi 35 (točka 54), Eurowings Luftverkehr, navedena v opombi 39 (točka 44) in Verkooijen, navedena v opombi 16 (točka 61) ter sodbe z dne 27. junija 1996 v zadevi Asscher (C-107/94, Recueil, str. I-3089, točke od 51 do 54); z dne 12. decembra 2002 v zadevi De Groot (C-385/00, Recueil, str. I-11819, točka 97) in z dne 15. julija 2004 v zadevi Lenz (C-315/02, ZOdl., str. I-17063, točka 43).

44 — V zadevi „*Avoir fiscal*“ je Francoska republika trdila, da morata zadevni državi članici za odpravo spornega neugodnega obravnavanja skleniti konvencijo; glej sklepne predloge generalnega pravobranilca Mancinija z dne 16. oktobra 1985 v zadevi Komisija proti Franciji, „*Avoir fiscal*“ (sodba z dne 28. januarja 1986, 270/83, Recueil, str. 273, točka 7).

obdavčevanja in torej ob upoštevanju vseh pravil, ki se v zadevnem primeru dejansko uporabljajo na Švedskem, sploh obstaja vprašanje neugodnega obravnavanja.

50. Po drugi strani pa se tudi z drugimi ugodnostmi ne poskuša utemeljiti nekakšna izravnava z neenakim obravnavanjem delničarjev brez stalnega prebivališča na Švedskem na podlagi zakona o obdavčitvi dividend. Drugače kot v zadevi „*Avoir fiscal*“<sup>45</sup> in drugih podobnih zadevah<sup>45</sup> tukaj ni vprašanje upoštevanja domnevnih oddaljenih ugodnosti, ki so brez povezave z dejansko obravnavano zadevo, temveč vprašanje obravnavanja učinkov pravnih pravil, ki se uporabljajo na Švedskem v tem konkretnem primeru. Francosko-švedska konvencija o izogibanju dvojnega obdavčevanja je glede na razlago predložitvenega sodišča del teh pravil. Sodišče se mora pri odločanju o predlogu za sprejetje predhodne odločbe opreti na pravni okvir, iz katerega izhaja predložitveno sodišče v svoji predložitveni odločbi.<sup>46</sup>

45 — Tako v zadevi „*Avoir fiscal*“, navedena v opombi 37 (točka 21), kot v zadevah Asscher, navedena v opombi 43 (točke od 51 do 54), Saint-Gobain ZN, navedena v opombi 35 (točka 54), Eurowings Luftverkehr, navedena v opombi 39 (točka 44), De Groot, navedena v opombi 43 (točka 97), Verkooijen, navedena v opombi 16 (točka 61), in Lenz, navedena v opombi 43 (točka 43), je bilo napoteno na splošne ugodnosti, ki so bile popolnoma tuje, in brez kakršne koli neposredne povezave z uporabo spornih pravnih pravil v konkretnem primeru. To zlasti jasno izhaja iz točke 44 sodbe Eurowings Luftverkehr, v kateri se je poskušalo neugodne davčne ukrepe v državi članici odtehtati z davčnimi ugodnostmi v drugi državi članici; glej v podobnem smislu sodbo De Groot (točka 97 v povezavi s točko 38). Glej tudi sodbo Asscher (točke od 51 do 54), kjer se je poskušalo določene neugodnosti v obdavčitvi odtehtati z domnevnimi ugodnostmi na področju socialnega varstva.

46 — Glej sodbo *Tod's in Tod's France*, navedeno v opombi 42 (točka 14, in navedena sodna praksa).

51. Zato je treba, kadar gre za preverjanje skladnosti davčne ureditve s temeljnimi svoboščinami, upoštevati določbe konvencije o izogibanju dvojnega obdavčevanja, kakršna je francosko-švedska konvencija, ki se uporabljajo v konkretnem primeru.

*B – Dejanski učinki konvencije o izogibanju dvojnega obdavčevanja*

52. Treba pa je še ugotoviti, ali se s konvencijo o izogibanju dvojnega obdavčevanja, kakršna je francosko-švedska konvencija, resnično izključuje vsakršno neugodno davčno obravnavanje delničarjev brez stalnega prebivališča na Švedskem.

Primerjava davčnega obravnavanja delničarjev s stalnim prebivališčem na Švedskem in delničarjev brez stalnega prebivališča na Švedskem

53. Glede na podatke, ki jih je posredovalo predložitveno sodišče, je davčno obravnavanje delničarja, ki kot M. Bouanich *nima stalnega prebivališča na Švedskem*, ob upo-

števanju konvencije o izogibanju dvojnega obdavčevanja sledeče<sup>47</sup>:

delnic, ki jih je od nje odkupila družba izdajateljica. Pri iztržku od prodaje v višini 100 bi zato moral biti davek na dividende pri viru v višini 30.

54. Iztržek od prodaje – ki ga je delničar brez stalnega prebivališča na Švedskem prejel od družbe izdajateljice, rezidentke v tej državi, v okviru odkupa njenih delnic – se na Švedskem obravnava kot dividenda. To možnost dopuščata člena 13(6) in 10(5) konvencije o izogibanju dvojnega obdavčevanja, ki se razlaga ob upoštevanju komentarja o členih 10 in 13 Vzorce konvencije OECD.

57. Konvencija o izogibanju dvojnega obdavčevanja v dveh pogledih izboljšuje položaj delničarja:

55. Če delničarji s stalnim prebivališčem v Franciji prejmejo takšna plačila, so ta načeloma obdavčena v Franciji (člen 10(1) konvencije o izogibanju dvojnega obdavčevanja). V določenih mejah pa so lahko obdavčena na Švedskem (člen 10(2) konvencije o izogibanju dvojnega obdavčevanja).

58. Prvič, *nominalna vrednost* delnic se mora odbiti od obdavčljivega zneska (to izhaja iz konvencije o izogibanju dvojnega obdavčevanja, ki se razlaga ob upoštevanju komentarja k členu 13 Vzorce konvencije OECD). Torej, če je iztržek od prodaje v višini 100 in nominalna vrednost delnic v višini 50, ostane le znesek v višini 50, ki se obdavči na Švedskem, kar z davčno stopnjo 30 odstotkov privede do davka na dividende v višini 15. Nasprotno, če je pri iztržku od prodaje v višini 100 nominalna vrednost v višini 10, potem je znesek v višini 90, ki se obdavči na Švedskem, kar z davčno stopnjo 30 odstotkov privede do davka na dividende v višini 27.

56. Na podlagi zakona o obdavčitvi dividend bi morala biti M. Bouanich obdavčena po stopnji 30 odstotkov na celotno vrednost

59. Drugič, na podlagi člena 10(2) konvencije o izogibanju dvojnega obdavčevanja je zgornja meja davka 15 odstotkov bruto

47 — Glej tudi točke od 7 do 16 teh sklepnih predlogov. Sodišče se pri predlogu za sprejetje predhodne odločbe opira izključno na podatke, ki jih je dalo predložitveno sodišče v predložitveni odločbi. Razlaga konvencije o izogibanju dvojnega obdavčevanja in nacionalnega prava spada le v pristojnost predložitvenega sodišča.

zneska dividende, torej v tem primeru na 15 odstotkov iztržka od prodaje, zmanjšan za nominalno vrednost. Znesek davka na dividende pri iztržku od prodaje v višini 100, znižanem za nominalno vrednost, se dejansko zniža na največ 15, pa čeprav bi bil sam izračunani<sup>48</sup> davek višji.

delničarjev s stalnim prebivališčem na Švedskem odvisna od stroškov pridobitve, medtem ko se obdavčitev delničarjev brez stalnega prebivališča na Švedskem spreminja glede na nominalno vrednost odkupljenih delnic, poleg tega, da velja za te delničarje zgornja meja obdavčitve v višini 15 odstotkov iztržka od prodaje, zmanjšane za nominalno vrednost.

60. Nasprotno pa je položaj delničarja s stalnim prebivališčem na Švedskem glede na podatke, ki jih je posredovalo predložitevno sodišče, sledeč: davčna stopnja 30 odstotkov se uporablja tudi zanj, vendar lahko ta od iztržka od prodaje odbije strošek pridobitve delnic, se pravi ceno delnice<sup>49</sup> na dan nakupa, povečano, če je potrebno, za stroške. Zato, če je iztržek od prodaje v višini 100 in strošek pridobitve 60, ostane le znesek v višini 40, ki se obdavči, kar z davčno stopnjo 30 odstotkov privede do davka v višini 12. Če pa bi bil pri enakem iztržku od prodaje 100 strošek pridobitve 30, bi bil obdavčljiv znesek na Švedskem v višini 70, kar z davčno stopnjo 30 odstotkov privede do davka v višini 21.

Presoja

62. Pri presoji te situacije se ne sme spregledati, da kot pravilo obstaja bistvena razlika med nominalno vrednostjo delnice in stroški pridobitve, ki glede nakupa te delnice nastanejo delničarju. Pogosto je namreč, da so stroški pridobitve znatno višji od nominalne vrednosti delnice. Čeprav se s konvencijo o izogibanju dvojnega obdavčevanja delničarjem brez stalnega prebivališča na Švedskem dovoljuje, da odbijejo nominalno vrednost delnice, to običajno ne vodi do popolne enakopravnosti z delničarji s stalnim prebivališčem na Švedskem, saj lahko ti od iztržka od prodaje odbijejo – običajno višje – stroške pridobitve, tako da je večinoma na koncu znesek za obdavčitev nižji.

61. Vmesni sklep je lahko zato ta, da četudi se uporablja za delničarje s stalnim prebivališčem na Švedskem in brez stalnega prebivališča na Švedskem kot osnova davčna stopnja 30 odstotkov, je dejanska obdavčitev

63. V teh okoliščinah možnosti odbitka nominalne vrednosti, ki jo delničarjem brez stalnega prebivališča na Švedskem daje konvencija o izogibanju dvojnega obdavče-

48 — Trideset odstotkov iztržka od prodaje po znižanju za nominalno vrednost.

49 — Borzna vrednost ali cena pri izdaji.



vanja, ni mogoče izenačiti z možnostjo odbitka stroška pridobitve, ki jo imajo delničarji s stalnim prebivališčem na Švedskem.

64. Vendar pa iz prepovedi omejitev za pretok kapitala (člen 56(1) ES), in zlasti iz prepovedi samovoljne diskriminacije vlagateljev zaradi njihovega prebivališča (člen 58(3) ES), izhaja, da delničarji brez stalnega prebivališča na Švedskem – v primeru, kot je v tej zadevi, ko družba izdajateljica, rezidentka na Švedskem, odkupi svoje delnice – ne smejo biti obravnavani manj ugodno pri davkih kot delničarji s stalnim prebivališčem na Švedskem.<sup>50</sup>

65. Predložitveno sodišče mora preveriti, ali v tem primeru odbitek nominalne vrednosti delnic in zgornja meja obdavčitve 15 odstotkov<sup>51</sup> za delničarje brez stalnega prebivališča na Švedskem vodita do enakovrednega rezultata<sup>52</sup>. Če temu ni tako, mora nacionalno sodišče zagotoviti polni učinek prava Skupnosti in zavarovati pravice, dodeljene posameznikom s pravom Skupnosti – v tem primeru prosti pretok kapitala –; da to stori, mora po lastni odločitvi po potrebi zavrniti uporabo vsake nasprotujoče določbe nacio-

nalnega prava, vključno z določbami konvencije o izogibanju dvojnega obdavčevanja, v delu, v katerem te določbe ovirajo enako obravnavanje delničarjev s stalnim prebivališčem na Švedskem in delničarjev brez takšnega stalnega prebivališča.<sup>53</sup>

66. Samo mimogrede je treba ugotoviti, da zgornja meja davka 15 odstotkov iztržka od prodaje iz konvencije o izogibanju dvojnega obdavčevanja (člen 10(2)) v nobenem primeru ne vodi nujno v *boljši položaj* delničarjev brez stalnega prebivališča na Švedskem.

67. Prvič, s to določbo naj bi bil delničar brez stalnega prebivališča na Švedskem namreč v boljšem položaju od delničarja s stalnim prebivališčem na Švedskem le, ko bi bil strošek pridobitve – gledano nominalno – nižji od polovice pridobljenega iztržka od prodaje; nasprotno pa je v neugodnem položaju, kadar je strošek pridobitve višji od polovice pridobljenega iztržka od prodaje<sup>54</sup>.

50 – Glej moja stališča o prvem predhodnem vprašanju od točke 24 do 41 zgoraj.

51 – Člen 10(2) konvencije o izogibanju dvojnega obdavčevanja.

52 – Glej v istem smislu sodbo Gerritse, navedeno v točki 34 (točke od 52 do 54).

53 – Glej v tem smislu ustaljeno sodno prakso, zlasti sodbe z dne 9. marca 1978 v zadevi Simmenthal (106/77, Recueil, str. 629, točke od 21 do 24); z dne 19. junija 1990 v zadevi Factortame in drugi (C-213/89, Recueil, str. I-2433, točke od 18 do 20) in z dne 7. februarja 1991 v zadevi Nimz (C-184/89, Recueil, str. I-297, točka 19). Glede neuporabe konvencije, ki zavezuje dve državi članici in v kateri so določbe v nasprotju s pravili Pogodbe, glej sodbi z dne 10. novembra 1992 v zadevi Exportur (C-3/91, Recueil, str. I-5529, točka 8) in z dne 20. maja 2003 v zadevi Ravil (C-469/00, Recueil, str. I-5053, točka 37).

54 – Pri nominalnem iztržku od prodaje v višini 100 in strošku pridobitve v višini 50 je davek delničarja s *stalnim prebivališčem* na Švedskem v višini 15 (obdavčljivi znesek: 50, davčna stopnja: 30 odstotkov, glej točki 7 in 60 zgoraj). Delničar *brez stalnega prebivališča* na Švedskem na podlagi člena 10(2) konvencije o izogibanju dvojnega obdavčevanja tudi dolguje davek, in sicer največ v višini 15, ne glede na to, ali lahko odbije strošek pridobitve ali nominalno vrednost delnic ali ne. Zato je zgornja meja 15 odstotkov iztržka od prodaje ugodna za delničarja brez stalnega prebivališča na Švedskem le, če se lahko sklicuje na strošek pridobitve ali nominalno vrednost, ki je nižja od 50, saj bo v tem primeru del iztržka od dobička, ki je obdavčljiv na Švedskem po stopnji 30 odstotkov iz naslova davka na dividende, višji od 50.

68. Drugič, treba je opozoriti, da so dividende ali iztržek od prodaje, ki jih prejmejo delničarji brez stalnega prebivališča na Švedskem, praviloma obdavčljivi tudi v državi stalnega prebivališča; v tej zadevi je to dovoljeno s francosko-švedsko konvencijo (glej člen 10(1)). Na koncu koncev sta državi članici, s tem da sta v konvenciji o izogibanju dvojnega obdavčevanja določili zgornjo mejo obdavčitve 15 odstotkov (člen 10(2) navedene konvencije), le razdelili svoje davčne pristojnosti in med seboj razdelili davčne prihodke.<sup>55</sup>

69. Sklep je ta:

Če se – v primeru, ko družba rezidentka države članice odkupi svoje delnice – konvencija o izogibanju dvojnega obdavčevanja, sklenjena med to državo članico in drugo državo članico, uporablja pri davčnem obravnavanju delničarjev brez stalnega prebivališča v prvi državi članici oziroma tistih, ki niso njeni rezidenti, mora nacionalno sodišče zagotoviti, da zadevni delničarji na koncu ne bodo obravnavani manj ugodno kot delničarji s stalnim prebivališčem v prvi državi članici oziroma tisti, ki so njeni rezidenti. Da to stori, bo moralo po potrebi nacionalno sodišče po lastni odločitvi zavrniti uporabo vsake nasprotujoče določbe nacionalnega

prava, vključno z določbami konvencije o izogibanju dvojnega obdavčevanja, v delu, v katerem te določbe ovirajo enako obravnavanje delničarjev s stalnim prebivališčem v prvi državi članici oziroma tistih, ki so njeni rezidenti, in delničarjev brez stalnega prebivališča v tej državi članici oziroma tistih, ki niso njeni rezidenti.

## VII – Razmerje med svobodo ustanavljanja in prostim pretokom kapitala (tretje vprašanje za predhodno odločanje)

70. Predložitveno sodišče želi s tretjim vprašanjem dobiti dodatne informacije glede skladnosti ureditve, kakršna je ta v Kraljevini Švedski, s svobodo ustanavljanja (člen 43 ES in člen 48 ES).

71. Področji uporabe svobode ustanavljanja oziroma prostega pretoka kapitala se lahko prekrivata, v delu, v katerem lahko kapitalske naložbe pomagajo pri ustanavljanju v drugi državi članici, npr. s podružnicami ali hčerinskimi družbami.<sup>56</sup> Obstoje členu 58(2)

<sup>55</sup> – Glej v tem smislu zlasti podpoglavje I, točki 1 in 2, nomenklature za pretok blaga in pojasnila pojma „neposredne naložbe“ (o znanihosti te nomenklature za opredelitev pretoka kapitala glej točko 26 zgoraj). Druga sklicevanja so podana v sklepnih predlogih generalnega pravobranilca Alberja z dne 14. oktobra 1999 v zadevi Baars (sodba z dne 13. aprila 2000, C-251/98, Recueil, str. I-2787, točke od 12 do 30).

<sup>55</sup> – Glej tudi točko 46 zgoraj.

ES in formule „pod pogoji, ki jih ob upoštevanju določb poglavja o kapitalu [...]“ v členu 43, drugi odstavek, ES, govori v prid temu, da v tem primeru nobena temeljna svoboščina ne izrinja druge, temveč se lahko uporabljata ena ob drugi.<sup>57</sup> V zvezi s tem zato člen 58(2) ES zagotavlja, da imata ti dve temeljni svoboščini v iste omejitve.<sup>58</sup>

dopušča, da določa njene dejavnosti<sup>59</sup>. Svoboda ustanavljanja namreč na podlagi člena 43, drugi odstavek, ES zajema „pravico začeti in opravljati dejavnost kot samozaposlena oseba ter pravico do ustanovitve in vodenja podjetij“ v drugi državi članici. Drugače povedano, delničar mora – sam ali skupaj z drugimi delničarji – izvrševati nadzor nad podjetjem. Če pa so z udeležbo povezane le običajne pravice varovanja manjšinskih delničarjev, potem se uporabljajo le pravila o prostem pretoku kapitala in ne pravila o svobodi ustanavljanja.<sup>60</sup>

72. Vsaka čezmejna udeležba v podjetju vendarle ne spada na področje uporabe svobode ustanavljanja. Udeležba v podjetju spada pod okrilje te temeljne svoboščine le, če se delničarju z „udeležbo [dodeljuje] določen vpliv na odločitve družbe in se mu

57 — Glej tudi v tem smislu moje sklepne predloge z dne 3. marca 2005 v zadevi Komisija proti Italiji (sodba z dne 2. junija 2005, C-174/04, navedena v opombi 19, točka 22). Sodna praksa o tem problemu še ni usklajena. Tako je Sodišče npr. v sodbi z dne 1. junija 1999 v zadevi Konle (C-302/97, Recueil, str. I-3099, točka 22) izrecno presodilo, da se pri nakupu nepremičnine za ustanovitev uporabljata obe temeljni svoboščini. Sodbo z dne 5. novembra 2002 v zadevi Überseering (C-208/00, Recueil, str. I-9919, točka 77) pa je mogoče razlagati nasprotno v smislu, da obstaja razmerje specialnosti med tema temeljnima svoboščinama. V drugih zadevah je videti, da se je zaradi ekonomičnosti postopka preučila le ena temeljna svoboščina, glej sodbi z dne 8. marca 2001 v združenih zadevah Metallgesellschaft in drugi (C-397/98 in C-410/98, Recueil, str. I-1727) in z dne 13. julija 2000 v zadevi Albore (C-423/98, Recueil, str. I-5965) ter sodbe „Golden-Shares“, navedene v opombi 19, Komisija proti Portugalski (točka 56), Komisija proti Franciji (točka 56) in Komisija proti Belgiji (točka 59).

Poleg tega ima tudi generalni pravobranilec Alber v sklepnih predlogih v zadevi Baars, navedena v opombi 56 (točka 12 in naslednje) raje vzporedno uporabo obeh temeljnih svoboščin, in sicer ene ob drugi (čeprav je omejena na „neposredne posege“, ki vplivajo na obe temeljni svoboščini, glej zlasti točko 30), ter generalni pravobranilec La Pergola v sklepnih predlogih z dne 24. junija 1999 v zadevi Verkooyen (sodba z dne 6. junija 2002, C-35/98, Recueil, str. I-4071), zlasti točke 35, 38 in 45.

58 — S členom 58(2) ES se zagotavlja tudi to, da državljan tretjih držav, ki se ne morejo sklicevati na svobodo ustanavljanja, s tem da se sklicujejo na prosti pretok kapitala, ne obidejo določene omejitve za njihovo ustanavljanje v državi članici, ki jih uvaja pravo Skupnosti. Nasprotno pa na podlagi člena 43, drugi odstavek, ES („pod pogoji, ki jih ob upoštevanju določb poglavja o kapitalu [...]“), omejitve, dovoljene pri prostem pretoku kapitala, učinkujejo tudi na svobodo ustanavljanja.

73. V tej zadevi glede na informacije, ki jih je posredovalo predložitevno sodišče, nič ne kaže na to, da je M. Bouanich s svojim sklopom delnic izvajala nadzorni vpliv na družbo Förvaltnings AB Ratos. V teh okoliščinah je treba ugotoviti, da se svoboda ustanavljanja (člen 43 ES) ne uporablja. Zato ni treba odgovoriti na tretje vprašanje za predhodno odločanje.

59 — Glej zgoraj v opombi 56 navedeno sodbo Baars (točka 22); v istem smislu glej sodbi Überseering, navedena v opombi 57 (točka 77), in z dne 21. novembra 2002 v zadevi X in Y (C-436/00, Recueil, str. I-10829, točka 37).

60 — Če pa se z udeležbo delničarja v družbi temu dodeljuje nadzorni vpliv na podjetje, potem se ob pravilih za prosti pretok kapitala uporabljajo pravila za svobodo ustanavljanja. Glej tudi pojasnila k nomenklaturi o prostem pretoku kapitala (zgoraj navedena v točki 26), iz katerih izhaja, da *„neposredne naložbe*, ki spadajo v prosti pretok kapitala, „delničarju [...] omogočajo, da učinkovito sodeluje pri upravljanju družbe ali njenem nadzoru“. Zelo podobno merilo se je uporabilo v sodbi Baars, navedena v opombi 56 (točka 22), da bi se opisala operacija, ki spada v svobodo ustanavljanja.

## VIII – Predlog

74. Ob upoštevanju predhodnih razmislekov zato Sodišču predlagam, naj na vprašanja, ki jih je v predhodno odločanje predložilo Kammarrätten Sundsvall, odgovori:

1. Pravila o prostem pretoku kapitala (člena 56 ES in 58 ES) nasprotujejo nacionalni ureditvi, v kateri država članica dovoli delničarjem s stalnim prebivališčem v tej državi članici oziroma tistim, ki so njeni rezidenti, da – ko družba izdajateljica, ki je rezidentka te države članice, odkupi svoje delnice – od obdavčljivega iztržka od prodaje odbijejo strošek pridobitve delnic, medtem ko je to prepovedano delničarjem brez stalnega prebivališča ali rezidentstva v tej državi članici.
2. Če se – v primeru, ko družba rezidentka države članice odkupi svoje delnice – konvencija o izogibanju dvojnega obdavčevanja, sklenjena med to državo članico in drugo državo članico, uporablja pri davčnem obravnavanju delničarjev brez stalnega prebivališča v prvi državi članici oziroma tistih, ki niso njeni rezidenti, mora nacionalno sodišče zagotoviti, da zadevni delničarji na koncu ne bodo obravnavani manj ugodno kot delničarji s stalnim prebivališčem v prvi državi članici oziroma tisti, ki so njeni rezidenti. Da to stori, bo moralo po potrebi nacionalno sodišče po lastni odločitvi zavrnilo uporabo vsake nasprotujoče določbe nacionalnega prava, vključno z določbami konvencije o izogibanju dvojnega obdavčevanja, v delu, v katerem te določbe ovirajo enako obravnavanje delničarjev s stalnim prebivališčem v prvi državi članici oziroma tistih, ki so njeni rezidenti, in delničarjev brez stalnega prebivališča v tej državi članici oziroma tistih, ki niso njeni rezidenti.