

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA

M. POIARES MADURA,
predstavljeni 31. maja 2006¹

1. Zadeve v zvezi z nacionalnimi sistemi davčnega obravnavanja izgub in stroškov družb, ki so del multinacionalne skupine, sprožajo nova in občutljiva vprašanja v okviru Skupnosti.² Gre za vprašanje, ali so ti sistemi združljivi z načeli Pogodbe ES, katerih namen je zagotoviti vzpostavitev in delovanje notranjega trga. Vsaka od teh zadev povzroča posebne težave in jo je zato treba posebej preučiti. Hkrati je treba v zvezi s tem določiti jasno in ustaljeno sodno prakso.

omejujejo možnosti davčnega odbitka izgub iz naslova odpisa vrednosti deležev v hčerinskih družbah te družbe s sedežem v drugih državah članicah.

2. Sodišče je pred kratkim imelo priložnost, da v zadevi Marks & Spencer³ razsodi o združljivosti prava Skupnosti s tako imenovanim britanskim sistemom „olajšava za skupino“ ki pod nekaterimi pogoji dovoljuje matični družbi, da od svojega obdavčljivega dobička odbije izgube, ki so jih imele njene hčerinske družbe. V obravnavani zadevi je treba z vidika svobode ustanavljanja in prostega pretoka kapitala odločiti o določi nemške zakonodaje o davku na dohodek, s katero se matični družbi s sedežem v Nemčiji

I – Pravni in dejanski okvir

3. Zadeva temelji na teh dejstvih. S pogodbo, sklenjeno 6. marca 1995, je skupina Kaufhof družbo ITS Reisen GmbH (v nadaljevanju: ITS), družbo iz skupine, katere poslovna dejavnost je povezana s turizmom, prodala družbi Rewe Zentralfinanz eG (v nadaljevanju: Rewe). S pripojitveno pogodbo je družba Rewe pridobila premoženje družbe ITS in postala njena univerzalna pravna naslednica.

1 – Jezik izvirnika: portugalsčina.

2 – Glej v tem smislu sodbi z dne 18. septembra 2003 v zadevi Bosal (C-168/01, Recueil, str. I-9409) in z dne 23. februarja 2006 v zadevi Keller Holding (C-471/04, ZOdl., str. I-2107) ter v zvezi z izgubami prihodka fizičnih oseb sodbo z dne 21. februarja 2006 v zadevi Ritter-Coulais (C-152/03, ZOdl., str. I-1711).

3 – Sodba z dne 13. decembra 2005 (C-446/03, ZOdl., str. I-10837).

4. Družba ITS je leta 1989 na Nizozemskem ustanovila hčerinsko družbo Kaufhof-Tourism Holdings BV (v nadaljevanju: KTH), ki je bila v njeni stoddotni lasti. V isti državi članici je KTH ustanovila družbo International Tourism Investment Holdings BV (v nadaljevanju: ITIH), ki je bila v njeni stoddotni lasti. Poleg tega je družba ITIH kupila deleže v dveh družbah v Belgiji, v eni družbi v Združenem kraljestvu in v eni družbi v Španiji.

6. Družba ITS je v davčnih letih 1993 in 1994 delno odpisala knjigovodsko vrednost deležev v družbi KTH in izvedla popravek pri vrednosti terjatev, ki so zadevale hčerinski družbi ITIH s sedežema v Združenem kraljestvu in Španiji. Stroški teh transakcij so za leto 1993 znašali 14.342.499 DEM, za leto 1994 pa 32.332.144 DEM, to je skupaj več kot 46 milijonov DEM.

7. Vendar je Finanzamt Köln-Mitte (davčni urad Köln-Center) zavrnil upoštevanje teh stroškov kot izgubo pri določanju obdavčljivega dobička družbe Rewe za sporni leti z obrazložitvijo, da temu nasprotuje člen 2a(1) in (2) EStG.

5. Obdavčenje družb v Nemčiji ureja zakon o davku od dohodka pravnih oseb (Körperschaftsteuergesetz, v nadaljevanju: KStG), ki se sklicuje na ustrezne določbe zakona o dohodnini (Einkommensteuergesetz, v nadaljevanju: EStG). V skladu s členom 1 KStG so družbe s sedežem v Nemčiji obdavčene za vse svoje svetovne dobičke. Obdavčljivi dobiček načeloma izhaja iz razlike med poslovnimi sredstvi družbe ob koncu poslovnega leta in poslovnimi sredstvi ob koncu prejšnjega poslovnega leta. Presežne izgube so lahko predmet akontacije ali prenosa na druga davčna leta v skladu s členom 10d EStG. Poleg tega člen 6 EStG omogoča upoštevanje zlasti delnega odpisa nižje knjigovodske vrednosti deležev pri stroških poslovanja, ki se odbijejo od obdavčljivega dobička. Ti stroški dejansko ustrezajo vrednotenju znižanja nakupne cene deležev v družbi zaradi njenih stalnih izgub.

8. Dejansko je v tej določbi z naslovom „Izguba, ki ima zvezo s tujino“ določeno:

„(1) Izguba

[...]

2. iz industrijskega ali gospodarskega podjetja v tuji državi, blaga, razen orožja, pridobivanjem podtalnih mineralnih virov ter z opravljanjem gospodarskih storitev, razen gradnje ali upravljanja infrastrukture, namenjene turizmu ali oddajanju premoženja v najem, vključno z odstopom pravic, načrtov, vzorcev in postopkov, znanja in izkušenj; neposredna udeležba v višini najmanj ene četrtine nominalnega kapitala v kapitalski družbi, ki se ukvarja izključno ali skoraj izključno z zgoraj omenjenimi dejavnostmi, kot tudi s financiranjem, ki ima zvezo z imetništvom te udeležbe, se šteje za opravljanje komercialnih storitev, če kapitalna družba nima posloводства niti sedeža v državi. [...]"
3. a) ki je posledica upoštevanja nižje knjigovodske vrednosti deležev, ki so del poslovnih sredstev, v pravni osebi, ki nima niti posloводства niti sedeža v državi (tuja pravna oseba), [...]

[...]

se lahko izravna le z istovrstnim dobičkom iz iste države [...]; in ne more biti odbita na podlagi člena 10d. Zmanjšanje dohodka je enako izgubi. Če izguba ne bi mogla biti izravnana na podlagi prvega stavka, se lahko odbije od istovrstnega dobička, ki ga davčni zavezanec ustvari v prihodnjih davčnih obdobjih v isti državi. [...]

9. Ni sporno, da v dveh spornih letih družba ITS ni imela prihodkov od nizozemske hčerinske družbe KTH. Poleg tega niso bili izpolnjeni pogoji odstopanja, določeni v členu 2a(2) EStG, saj družba KTH ne opravlja nobene od prednostnih dejavnosti, ki so opredeljene kot „aktivne dejavnosti“ v členu 2a(2), prvi stavek, EStG, in nima neposrednih deležev v kapitalski družbi, ki se ukvarja z eno od teh prednostnih dejavnosti.

(2) Odstavek 1, prvi stavek, točka 2, se ne uporablja, če davčni zavezanec dokaže, da izguba izhaja iz industrijskih in gospodarskih podjetjih v tujini, ki se ukvarjajo izključno ali skoraj izključno s proizvodnjo ali dobavo

10. Na podlagi teh ugotovitev je Finanzamt Köln-Mitte izdal spremenjene odločbe o davku od dohodka pravnih oseb, za plačilo katerega je bila zavezana družba Rewe. Družba Rewe je vložila pritožbo pri davčni upravi. Ker je bila ta pritožba zavrnjena, je vložila tožbo na Finanzgericht Köln, s katero je poskušala

doseči upoštevanje vseh stroškov poslovanja, povezanih z njenimi deleži v družbah s sedeži na Nizozemskem, v Združenem kraljestvu in Španiji. Družba Rewe v podporo tožbi navaja, da uporaba člena 2a EStG pomeni diskriminacijo, ki je v nasprotju s pravom Skupnosti.

12. Zaradi tega prepričanja je predložitveno sodišče prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo to vprašanje:

„Ali je treba povezane določbe členov [43 ES], [48 ES] in [56 ES in naslednjih] razlagati tako, da nasprotujejo ureditvi, kot je ureditev v členu 2a(1), točka 3(a), in členu 2a(2) EStG, ki je predmet obravnave v postopku v glavni stvari, ki izključuje takojšnji davčni odbitek izgub iz naslova odpisa vrednosti deležev v hčerinskih družbah v drugih državah Skupnosti, če te hčerinske družbe opravljajo pasivne dejavnosti v smislu nacionalnega predpisa in/ali ko opravljajo aktivne dejavnosti v smislu nacionalnega predpisa, le prek lastnih družb vnukinj, medtem ko je odpis vrednosti deležev v hčerinskih družbah v državi mogoč brez teh omejitev?“

11. S tem se strinja tudi predložitveno sodišče. Po njegovem mnenju iz veljavne zakonodaje izhaja, da medtem ko se odpis knjigovodske vrednosti deležev v hčerinski družbi s sedežem v Nemčiji za davčne namene načeloma lahko upošteva brez omejitev za določanje njenega obdavčljivega dobička, pa odpisa vrednosti deležev v hčerinski družbi s sedežem v drugi državi članici ni mogoče upoštevati za davčne namene, razen v omejenih primerih, in sicer, kadar se ti stroški izravnavajo z dobičkom iz te druge države članice ali kadar so izpolnjeni pogoji za odstopanje iz člena 2a(2) EStG. Zdi se torej, da je predložitveno sodišče prepričano, da taka omejitev uveljavljanja odbitka izgub, povezanih z naložbami v tujini, omejuje svobodo ustanavljanja v drugi državi članici in prosti pretok kapitala, ki ju varuje pravo Skupnosti.

II – Analiza

A – Omejitev svobode ustanavljanja

13. Pravica do ustanavljanja, določena v členu 43 ES, priznava državljanom Skupnosti pravico začeti in opravljati dejavnost kot samozaposlena oseba ter pravico

do ustanovitve in vodenja podjetij, pod enakimi pogoji, kot jih za svoje državljane določa zakonodaja države članice, v kateri se taka ustanovitev izvede. V skladu s členom 48 ES vključuje za družbe, ustanovljene v skladu z zakonodajo posamezne države članice, ki imajo registriran sedež, glavno upravo ali glavni kraj poslovanja v Skupnosti, pravico opravljanja dejavnosti v zadevni državi članici preko hčerinske družbe, podružnice ali agencije.⁴

14. Iz sodbe Baars izhaja, da pravico do ustanavljanja uresničuje državljan države članice, ki ima v kapitalu družbe s sedežem v drugi državi članici delež, ki mu omogoča določen vpliv na odločitve te družbe in določanje njene dejavnosti.⁵ Nedvomno gre za to v primeru, kot je ta v obravnavani zadevi, če ima družba, kot je Rewe, stoddstotni delež v kapitalu družbe s sedežem v drugi državi članici, ki ima tudi sama stoddstotni delež v družbi, ki ima deleže v kapitalu različnih družb s sedežem v drugih državah članicah. Iz tega sledi, da položaj, ki ga predložitveno sodišče navaja v zvezi z izgubo, ki jo je imela družba Rewe zaradi svojih deležev v hčerinski družbi KTH s sedežem na Nizozemskem in

deležev zadnjenavedene družbe v tuji družbi vnukinji, urejajo pravila Pogodbe o svobodi ustanavljanja.

15. Vendar poudarjam, da čeprav skušajo določbe Pogodbe o svobodi ustanavljanja, glede na besedilo, zagotoviti, da so tuji državljani in družbe v državi članici gostiteljici obravnavani enako kot državljani in družbe iz te države, pa nasprotujejo temu, da bi matična država članica ovirala svojega državljan ali družbo, ustanovljeno v skladu z njeno zakonodajo, pri ustanavljanju v drugi državi članici.⁶ Nesporno je, da Pogodba nasprotuje vsaki „izhodni omejitvi“, za katero je značilno, da država članica z zakonodajo določi manj ugodno obravnavanje družb rezidentk v tej državi članici, ki želijo ustanoviti hčerinske družbe v drugih državah članicah.

16. Med manj ugodnim obravnavanjem, ki je s Pogodbo prepovedano, so davčne omejitve. Iz ustaljene sodne prakse je namreč razvidno, da čeprav je neposredna obdavčitev v pristojnosti držav članic, morajo te pri izvajanju svoje davčne pristojnosti upoštevati pravo Skupnosti.⁷

4 – Glej zlasti sodbo z dne 21. septembra 1999 v zadevi Saint-Gobain ZN (C-307/97, Recueil, str. I-6161, točka 35).

5 – Sodba z dne 13. aprila 2000 (C-251/98, Recueil, str. I-2787, točka 22). Glej tudi sodbo z dne 21. novembra 2002 v zadevi X in Y (C-436/00, Recueil, str. I-10829, str. 37).

6 – Sodba z dne 16. julija 1998 v zadevi ICI (C-264/96, Recueil, str. I-4695, točka 21).

7 – Glej zgoraj navedeno sodbo Marks & Spencer, točka 29, ki povzema besedilo sodbe z dne 8. marca 2001 v zadevi Metallgesellschaft in drugi (C-397/98 in C-410/98, Recueil, str. I-1727, točka 37).

17. V skladu z ureditvijo, ki je predmet obravnave v postopku v glavni stvari, se izgube v zvezi z odpisom vrednosti deležev v hčerinski družbi s sedežem v Nemčiji brez omejitev upoštevajo pri določanju obdavčljivega dobička družb, zavezanih za plačilo davka. Nasprotno pa so istovrstne izgube, ki izvirajo iz udeležbe v hčerinski družbi s sedežem v drugi državi članici, za družbo, obdavčeno v Nemčiji, predmet odbitka samo pod določenimi pogoji, ki se nanašajo na prihodke te družbe ali opravljanje dejavnosti.

18. Iz tega sledi, da je davčni položaj družbe, ki ima tako kot družba Rewe hčerinsko družbo na Nizozemskem, manj ugoden, kot bi bil, če bi imela ta hčerinska družba sedež v Nemčiji. Ni sporno, da bi se izgube, ki izvirajo iz udeležbe v tuji hčerinski družbi, lahko upoštevale v primeru, ko bi ta hčerinska družba pozneje ustvarila dobiček. Vendar pa tudi v tem primeru zadevna matična družba ne more imeti koristi od takojšnjega upoštevanja svojih izgub. Ta možnost, ki se priznava družbam z nacionalnimi hčerinskimi družbami, zanje pomeni likvidno prednost.⁸ Če družbam s tujimi hčerinskimi družbami take prednosti odvrzemo, jih lahko odvrnemo od ustanavljanja hčerinskih družb v drugih državah članicah.

19. Če upoštevamo to razliko v obravnavanju, je lahko torej matična družba odvrnjena

od tega, da bi dejavnosti izvajala prek hčerinskih družb ali družb vnukinj, ki so ustanovljene v drugih državah članicah.⁹

20. Nemška vlada kljub temu trdi, da to različno obravnavanje ni diskriminacija, prepovedana s Pogodbo, ker položaj hčerinske družbe s sedežem v Nemčiji ni primerljiv s položajem hčerinske družbe s sedežem v drugi državi članici. Pojasnjuje, da je Sodišče priznalo, da so hčerinske družbe samostojne pravne osebe, ki so davčne zavezanke v državi, v kateri imajo sedež. Zato se izgube, ki ustrezajo odpisom vrednosti in terjatvam, lahko upoštevajo v okviru napovedi dobička teh hčerinskih družb v državi članici, v kateri imajo sedež.

21. Te utemeljitve ni mogoče sprejeti. Razlika v davčnem obravnavanju v postopku v glavni stvari se ne nanaša na položaj hčerinskih družb, ampak na položaj matičnih družb, ki so rezidentke v Nemčiji, glede na to, ali imajo hčerinske družbe, ustanovljene v drugih državah članicah, ali ne. V zvezi s tem je dovolj ugotoviti, prvič, da so zadevne izgube izgube matičnih družb in, drugič, da se dobiček hčerinskih družb ne obdavči matičnim družbam, ne glede na to, ali so ga ustvarile hčerinske družbe, ki so obdavčene v Nemčiji ali v drugih

⁸ – Glej v istem smislu zgoraj navedeno sodbo Marks & Spencer, točka 32.

⁹ – Glej v tem smislu zgoraj navedeno sodbo Bosal, točka 27.

državah članicah.¹⁰ Razlika v obravnavi v zvezi z matičnimi družbami torej ni odvisna od tega, ali so njihove hčerinske družbe ločeno obdavčene ali ne.

22. Iz zgornje analize sledi, da je omejitev možnosti odbitja stroškov, ki izhajajo iz odpisa vrednosti deležev v kapitalu hčerinskih družb s sedežem v drugih državah članicah, kot je določena v členu 2a(1), točka 3a, in členu 2a(2) EStG, kot je poudarilo predložitveno sodišče, omejitev svobode ustanavljanja.

23. Taka omejitev je dopustna le, če sledi zakonitemu cilju, ki je združljiv s Pogodbo, in se utemelji z nujnimi razlogi v splošnem interesu. Poleg tega bi bilo v tem primeru potrebno še, da je z njo mogoče zagotoviti uresničitev zadevnega cilja, ne da bi se preseglo to, kar je nujno potrebno za njegovo izpolnitev.¹¹

B – Utemeljitev zadevne ureditve

24. Nemška vlada v podporo spornemu ukrepu navaja številne pravne trditve,

v katerih se izražajo različni pomisleki, ki so politični (skrb za enakomerno porazdelitev davčne pristoynosti), etični (tveganje dvakratnega uveljavljanja izgub in davčnega izogibanja), upravni (zagotavljanje učinkovitosti nadzora), sistemski (nujnost varovanja enotnosti davčnega sistema) in ekonomski (tveganje izgube proračunskih sredstev). Nemška vlada trdi, da je ta utemeljitev potrjena v zgoraj navedeni sodbi Marks & Spencer. Analizo utemeljitev je torej treba začeti s sklicevanjem na to sodno prakso.

1. Enakomerna porazdelitev davčne pristoynosti med državami članicami

25. Sodišče je v sodbi Marks & Spencer prvič priznalo, da je treba pri presoji združljivosti davčne zakonodaje s temeljnimi svoboščinami upoštevati načelo enakomerne porazdelitve davčne pristoynosti med državami članicami.¹² Sodišče je poskrbelo tudi za pojasnilo in omejitev pogojev uporabe tega načela.

26. Prvič, taka zahteva je primerna le na stopnji utemeljitve zadevnega omejevalnega ukrepa. Nanjo se ni mogoče sklicevati pri analizi omejitve svobode ustanavljanja, kot je

¹⁰ – *Ibidem*, točka 39.

¹¹ – Glej v tem smislu sodbo z dne 11. marca 2004 v zadevi *De Lasteyrie du Saillant* (C-9/02, Recueil, str. I-2409, točka 49).

¹² – Točka 46.

to v tej zadevi storila nemška vlada. Drugič, ta utemeljitev ima v okviru Skupnosti pomen, ki ga je treba skrbno omejiti.

27. V zvezi s tem se zdi, da nemška vlada priznava, da bi ta zahteva lahko omogočila izključitev nekaterih oblik diskriminacije s področja uporabe pravic do prostega pretoka. Svojo utemeljitev namreč opira na *pravilo simetrije* med pravico obdavčitve dobička družbe in obveznostjo upoštevanja izgub te družbe. Ker sta na davčnem področju dobiček in izguba dve plati iste medalje, nemškimi davčnim organom v okviru davčnega obravnavanja matične družbe rezidentke v Nemčiji ne bi bilo treba upoštevati izgub, povezanih z dejavnostjo hčerinske družbe, ustanovljene v drugi državi članici, ker nimajo pravice obdavčiti dobička te hčerinske družbe. Samo tako pravilo porazdelitve bi omogočilo upoštevanje davčne suverenosti držav članic in pravil mednarodnega davčnega prava.

28. Taka opredelitev zahteve enakomerne porazdelitve davčne pristojnosti ni sprejemljiva. Taka obravnava se namreč bistveno ne razlikuje od popolnoma ekonomske utemeljitve. Taka razlaga bi državi članici omogočila, da družbi dosledno zavrača davčno ugodnost,

ker je ta družba razvila mednarodno gospodarsko dejavnost, katere namen ni ustvarjanje davčnega prihodka v korist te države. Sodišče je utemeljitev v tej obliki izrecno zavrnilo v zgoraj navedeni sodbi Marks & Spencer. Sodišče trdi, da je treba ravno v zvezi s tem elementom utemeljitve opozoriti, da znižanja davčnih prihodkov ni mogoče obravnavati kot nujni razlog v splošnem interesu, na katerega bi se lahko sklicevali pri utemeljitvi ukrepa, ki je načeloma v nasprotju s temeljno svobščino.¹³

29. Seveda pa je treba upoštevati načelo, po katerem lahko države članice svobodno odločajo o organizaciji svojega davčnega sistema in porazdelitvi davčnih pristojnosti med seboj.¹⁴ Vendar pa ni sporno, da temeljne svobščine državam članicam nalagajo nekatere omejitve pri izvajanju njihovih pristojnosti na tem področju. Te omejitve v bistvu zajemajo upoštevanje obveznosti, da se davčnih zavezancev, ki izvajajo mednarodno dejavnost, ne sme postavljati v slabši položaj kot nacionalne zavezance, čeprav to povzroči zmanjšanje davčnih prihodkov zadevne države.

13 – Zgoraj navedena sodba Marks & Spencer, točka 44, v skladu z ustaljeno sodno prakso, navedeno zlasti v sodbi z dne 7. septembra 2004 v zadevi Manninen (C-319/02, ZOdl., str. I-7477, točka 49).

14 – Glej zlasti sodbo z dne 21. marca 2002 v zadevi Cura Anlagen (C-451/99, Recueil, str. I-3193, točka 40).

30. Sodišče je to stališče potrdilo zlasti v zgoraj navedeni sodbi Bosal. V tej zadevi je razsodilo, da Pogodba nasprotuje nacionalni določbi, ki za uveljavljanje odbitka stroškov, vezanih na delež nizozemske matične družbe v kapitalu hčerinske družbe s sedežem v drugi državi članici, določa pogoj, da so taki stroški posredno namenjeni pridobivanju dobička, obdavčljivega na Nizozemskem. Ta rešitev je bila izpodbijana, ker naj bi kršila načelo pravične porazdelitve davčne pristojnosti med državami članicami. Ker so stroški, ki jih plača nizozemska matična družba, *gospodarsko* povezani z dobičkom, ustvarjenim v njeni hčerinski družbi s sedežem v drugi državi članici, bi bilo *pravno* skladneje te stroške obravnavati kot tuje izdatke, ki jih je mogoče upoštevati le v državi izvora tega dobička.¹⁵ Vendar pa taka analiza ne upošteva dovolj položaja državljana Skupnosti, ki deluje v širšem okolju notranjega trga. Ta položaj ne sme biti predmet različne preučitve glede na zadevno ozemlje obdavčitve, ampak ga je treba presojati na splošno. S tega stališča je očitno, da različnega davčnega obravnavanja matičnih družb glede na to, ali imajo hčerinske družbe v tujini ali ne, ni mogoče utemeljiti s tem, da so gospodarske vire prenesle na del ozemlja Evropske unije, na katerem zadevna država ne more izvajati svoje davčne pristojnosti. Ker ni skupnih pravil na tem področju, bi z drugačno presojo temeljne svoboščine, ki jih zagotavlja Pogodba, postale praktično neučinkovite.

31. Poleg tega, če bi na davčnem področju dovolili sklepanje po simetriji, ki ga zagovarja nemška vlada, ne vidim razloga, zakaj ga ne bi razširili na druga področja, ki jih zadeva prosti pretok. Enako kot se je mogoče sklicevati na načelo porazdelitve davčne pristojnosti, bi lahko načeloma uveljavljali načelo porazdelitve pristojnosti zakonskega urejanja. Država članica bi imela po tem načelu pravico zavrniti upoštevanje mednarodnih gospodarskih položajev, ki lahko vzbudijo dvom o njeni pravici do zakonskega urejanja. Tako bi se lahko na primer zavrnil vstop blaga, izdelanega pod pogoji, ki jih nalaga druga država članica, na nacionalni trg, ker niso upoštevani zakonski pogoji, ki veljajo na tem trgu. Prosti pretok blaga bi se torej zožil na popolnoma formalno prepoved diskriminacije, ki pomeni enako obravnavanje samo izdelkov, za katere se uporablja ureditev zadevne države. Tak rezultat bi bil popolnoma v nasprotju z ustaljeno sodno prakso Sodišča na tem področju.¹⁶

15 – Glej v tem smislu sklepe predloge generalnega pravobranilca L. A. Geelhoeda, predstavljene 23. februarja 2006 v zadevi Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, še nerešena zadeva pred Sodiščem, točki 62 in 63). Glej tudi Weber, D., „The Bosal Holding Case: Analysis and Critique“, *EC Tax Review*, 2003–4, str. 220, in Wattel, P. J., „Red Herrings in Direct Tax Cases before the ECJ“, *Legal Issues of Economic Integration*, 2004, št. 2, str. od 81 do 95, zlasti str. 89 in 90.

32. Obseg zakonite zahteve po enakomerni porazdelitvi davčne pristojnosti, ki ga je treba

16 – Glej v tem smislu sodbo z dne 20. februarja 1979 v zadevi Rewe-Zentral, imenovana „Cassis de Dijon“ (120/78, Recueil, str. 649).

priznati v okviru Skupnosti, zato ne more biti tak. Čeprav je Sodišče v sodbi Marks & Spencer priznalo element utemeljitve na podlagi te zahteve, pa je to le v povezavi s tveganjem zlorabe ali goljufije, ki lahko v nekaterih primerih izhaja iz neustreznega usklajevanja davčnih pristojnosti držav članic. Ker davčna zakonodaja ni usklajena, se je treba bati, da izvajanje pravic do prostega pretoka ne povzroči razvoja pravega „prometa z izgubami“ na ravni Skupnosti. Kot je Sodišče opozorilo v tej sodbi: „če bi dali družbam možnost izbire, ali bodo upoštevale svoje izgube, bodisi v državi članici, v kateri imajo sedež, bodisi v drugi državi članici, bi to lahko občutno ogrozilo enakomerno porazdelitev pristojnosti obdavčitve med državami članicami, saj bi se davčna osnova v prvi državi povečala in v drugi zmanjšala v višini prenesenih izgub“.¹⁷ Gospodarski subjekti bi torej lahko organizirali prenos svojih izgub na družbe s sedežem v državah članicah z najvišjo davčno stopnjo, v katerih bi bila zato davčna vrednost izgube največja. Tak položaj bi vzbujal dvom o nevtralnosti, ki ji je zavezano pravo Skupnosti v zvezi z nacionalnimi davčnimi sistemi.¹⁸

33. Gospodarski subjekti v skladu s tem načelom nevtralnosti ne morejo uporabljati pravice do ustanavljanja, da bi pridobili ugodnosti, ki niso povezane z izvajanjem pravice

do prostega pretoka. Tako pa bi bilo, če bi prenos dejavnosti v Skupnosti določali izključno davčni razlogi, ne glede na željo po resnični ustanovitvi in vključevanju v gospodarstvo države gostiteljice, z edinim ciljem izogniti se nacionalnim zakonodajam, kar pomeni zlorabo, ali umetno izkoristiti razlike med temi zakonodajami.¹⁹ Kot je navedlo Sodišče v sodbi Marks & Spencer, je v primeru takega tveganja zlorabe lahko nujno, da se za gospodarske dejavnosti družb s sedežem v eni od teh držav uporabijo samo davčna pravila te države, tako glede dobičkov kot izgub.²⁰ Menim, da je to pravi pomen zahteve po porazdelitvi davčne pristojnosti v okviru Skupnosti.

34. Poleg tega je treba še dokazati, da tako tveganje obstaja. Zato Sodišče v isti sodbi meni, da elementa utemeljitve, ki temelji na ohranjanju porazdelitve davčne pristojnosti med državami članicami, ni mogoče ločiti od dveh drugih elementov utemeljitve, ki se nanašata na tveganje dvakratnega uveljavljanja izgub na eni strani in davčnega izogibanja na drugi strani. Sodišče je le ob upoštevanju „vseh“ teh treh elementov utemeljitve²¹ priznalo, da je lahko sporna omejevalna ureditev upravičena.

17 – Točka 46.

18 – Glej v zvezi s tem moje sklepne predloge v zgoraj navedeni sodbi Marks & Spencer, točka 67.

19 – Glej v istem smislu sklepne predloge generalnega pravobranilca P. Légerja, predstavljene 2. maja 2006 v zadevi Cadbury Schweppes in Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, še nerešena zadeva pred Sodiščem).

20 – Točka 45.

21 – Točka 51.

35. Torej je treba preveriti, ali v obravnavanem primeru obstajata tveganje dvakratnega uveljavljanja izgub in davčnega izogibanja, kot trdi nemška vlada.

dvakratnega uveljavljanja *istih* izgub obstaja zaradi dejstva, da matična družba lahko tako izgubo odbije.

2. Tveganje dvakratnega uveljavljanja izgub

36. Nemška vlada navaja, da je po zgledu ureditev v zadevi Marks & Spencer sporna ureditev potrebna zato, da bi se izognili večkratnim davčnim ugodnostim v obliki dvakratnega uveljavljanja izgub, zaradi katerih bi matične družbe lahko imele koristi.

37. Ta trditev v tej zadevi ni upoštevana. Izgube v tej zadevi namreč niso izgube, ki jih imajo tuje neodvisne hčerinske družbe in se nato prenesejo na dobičke matičnega podjetja, kot v zadevi Marks & Spencer. Gre za izgube, ki jih matična družba uveljavlja zaradi znižanja vrednosti svojih deležev v tujih hčerinskih družbah. Ne smejo se zamenjevati z izgubami samih hčerinskih družb. Ti vrsti izgub se z davčnega vidika različno obravnavata. Zato ne moremo šteti, da tveganje

38. Celo ob domnevi, da obstaja gospodarska povezava med tema vrstama izgub, kot trdi nemška vlada, tako da se ločeno upoštevanje izgub hčerinskih družb in izgub matične družbe opredeli kot „dvakratno uveljavljanje izgub“, pa se v obravnavani zadevi ne zdi, da je to dvakratno uveljavljanje posebej povezano s prenosom dejavnosti v drugo državo članico. Domnevna „dvojna korist“ namreč ni pridržana družbam z mednarodno dejavnostjo. Matična družba s sedežem v Nemčiji, ki ima hčerinske družbe v tej isti državi, bi lahko od svojega obdavčljivega dobička odbila zmanjšano vrednost deležev v hčerinskih družbah rezidentkah, ob tem pa bi te hčerinske družbe lastne izgube še vedno lahko uveljavljale v okviru lastne obdavčitve v Nemčiji. Zato to dvakratno uveljavljanje izgub nikakor ni povezano s porazdelitvijo davčne pristojnosti med državami članicami in ne more upravičiti omejitve svobode ustanavljanja.

3. Tveganje davčnega izogibanja

39. Nemška vlada v zvezi s tem navaja dve trditvi. Prvič, trdi, da nemške družbe rade prenašajo nekatere vrste gospodarskih dejavnosti z nemškega ozemlja tako, da so zunaj nadzora nemških davčnih organov. Drugič, opozarja, da je to ureditev sprejela zaradi ravnanja nekaterih družb, predvsem na področju

turizma, ki so prenesle dejavnosti, za katere je značilno, da prinašajo izgube, v druge države članice samo zaradi zmanjšanja svojega obdavčljivega dobička. Tako ureditev bi bilo treba šteti za nujno za preprečevanje možnosti ustvarjanja umetnih konstruktov.

40. Kar zadeva prvo trditev, je dovolj spomniti, da vsak prenos dejavnosti z ozemlja države članice sam po sebi ni davčno izogibanje. Ni dvoma, da lahko prenos gospodarske dejavnosti z ozemlja države članice povzroči izgubo davčnih prihodkov za to državo. Vendar pa ne moremo šteti, da je ta izguba posledica davčnega izogibanja. V tem primeru je preprosto posledica uresničevanja pravic, podeljenih s temeljnimi svoboščinami, ki jih zagotavlja Pogodba. S tem, da ima družba deleže v hčerinskih družbah s sedežem v drugih državah članicah, ni mogoče utemeljiti splošne domneve davčnega izogibanja ali goljufije in upravičiti omejevalnega davčnega ukrepa.²²

41. Kar zadeva drugo trditev, zgolj okoliščina, da v določenem gospodarskem sektorju, kot

je turizem, davčni organi države članice ugotovijo primere velikih in trajnih izgub, ki jih utrpijo tuje hčerinske družbe matičnih družb rezidentk te države, ne more zadostovati za dokaz obstoja umetnih konstruktov. Treba je opozoriti, da moramo celo ob predpostavki, da priznamo obstoj tveganja davčnega izogibanja, vedno preveriti, ali zadevni ukrep ne presega tega, kar je nujno potrebno za doseg zastavljenih ciljev.²³ Vendar ureditve, ki se tako kot zadevna ureditev *na splošno* nanaša na vsak položaj, v katerem se znajdejo hčerinske družbe neke skupine, ki imajo iz katerega koli razloga sedež v drugih državah članicah, ni mogoče šteti za utemeljeno zaradi tveganja davčnega izogibanja, ne da bi presegli, kar je nujno potrebno za doseg zastavljenega cilja. Tak je rezultat ustaljene sodne prakse.²⁴

42. Sicer pa nemška vlada Sodišču ni dokazala, v čem se tako tveganje nanaša zlasti na ustanavljanje hčerinskih družb v tujini in ne na ustanavljanje nacionalnih hčerinskih družb. Nemška vlada je s to trditvijo verjetno želela tudi poudariti omejitve svojih pooblastil za nadzor nad čezmejnimi posli.

22 – Glej v istem smislu zgoraj navedeno sodbo X in Y, točka 62.

23 – Zgoraj navedena sodba Marks & Spencer, točka 53.

24 – Glej zgoraj navedeno sodbo ICI, točka 26.

4. Učinkovitost davčnega nadzora

43. Nemška vlada meni, da imajo nacionalni davčni organi zelo omejene možnosti nadzora nad posli v tujini. Uporaba načela teritorialnosti bi olajšala nadzor davčnih organov, saj bi bile izgube v tujini izključene iz obdavčljivega dobička družb rezidentk.

44. Te trditve ni mogoče sprejeti. Res je, da je Sodišče že večkrat presodilo, da je potrebo po učinkovitem davčnem nadzoru mogoče upravičiti z ureditvijo, s katero se omejujejo temeljne svoboščine.²⁵ Posledica tega je, da je državi članici dovoljeno uporabljati ukrepe, ki omogočajo jasen in natančen pregled zneska odbitnih stroškov v tej državi iz naslova udeležbe v kapitalu tujih hčerinskih družb. Vendar pa s tako skrbjo ni mogoče upravičiti, da bi ta država lahko za ta odbitek predpisala različne pogoje, in sicer glede na to, ali se udeležba nanaša na hčerinske družbe s sedežem v tej ali drugih državah članicah.

45. V zvezi s tem je treba spomniti, da imajo države članice na voljo instrumente za tesnejše sodelovanje na podlagi Direktive Sveta 77/799/EGS z dne 19. decembra 1977 o medsebojni pomoči pristojnih organov

držav članic na področju neposredne obdavčitve.²⁶ Z uporabo teh določb imajo pristojni organi ene države članice možnost, da pristojne organe druge države članice zaprosijo za vse informacije, ki jim lahko omogočijo pravičen izračun davka od dohodka pravnih oseb.

46. Nemška vlada trdi, da je nadzor nad tujimi posli kljub plodnemu sodelovanju z organi druge države pogosto zelo težaven, še težje pa je posodobiti netočne davčne napovedi. Vseeno je treba poudariti, da Direktiva 77/799 ponuja možnost pridobitve potrebnih informacij, primerljivih z informacijami med davčnimi službami na državni ravni.²⁷ Dodajam, da morajo v okviru vzpostavitve notranjega trga odnosi med davčnimi upravami držav članic temeljiti na načelu medsebojnega zaupanja.²⁸ V zvezi s tem ni treba sklepati, da bodo nacionalne davčne uprave dopustile, da na njihovem ozemlju uspevajo davčni položaji, ki so v nasprotju s pravom države, ki zanje velja. Na drugi strani pa zadevnim davčnim organom nič ne preprečuje, da od zavezanca sami zahtevajo informacije, ki

25 – Sodbi z dne 15. maja 1997 v zadevi Futura Participations in Singer (C-250/95, Recueil, str. I-2471) in z dne 28. oktobra 1999 v zadevi Vestergaard (C-55/98, Recueil, str. I-7641, točka 23).

26 – UL L 336, str. 15. Direktiva, kakor je bila spremenjena z Direktivo Sveta 2004/56/ES z dne 21. aprila 2004 (UL L 127, str. 70).

27 – Sodba z dne 14. februarja 1995 v zadevi Schumacker (C-279/93, Recueil, str. I-225, točka 45).

28 – Glej po analogiji o medsebojnem zaupanju med državami članicami, kar zadeva nadzor na njihovem ozemlju, sodbo z dne 23. maja 1996 v zadevi Hedley Lomas (C-5/94, Recueil, str. I-2553, točka 19). Glede sistemov kazenskega pravosodja držav članic glej tudi sodbo z dne 11. februarja 2003 v združenih zadevah Gözütok in Brügger (C-187/01 in C-385/01, Recueil, str. I-1345, točka 33).

so po njihovi presoji potrebne za oceno, ali se zahtevani odbitek dopusti ali ne.²⁹

47. Vsekakor pa se lahko zdi presenetljivo, v tem smislu opirati se na načelo teritorialnosti davka, medtem ko po nemški zakonodaji praviloma velja, da so dohodki družb obdavčeni za vse njihove svetovne dobičke.

5. Ohranjanje enotnosti davčnega sistema

48. Nemška vlada v bistvu trdi, da je sporna ureditev logični del njene davčne politike. Neupoštevanje tuje izgube v primerih, kakršen se obravnava v tej zadevi, bi omogočilo ohranitev čim bolj enotne davčne obravnave. Dve trditvi, ki ju navaja ta vlada, je mogoče povezati s to utemeljitvijo: prva se nanaša na upoštevanje načela teritorialnosti, druga na ohranjanje „davčne sistematike“.

49. Sodišče je davčno načelo teritorialnosti priznalo v zgoraj navedeni sodbi Futura

Participations in Singer. V skladu s tem načelom lahko zadevna država na svojem ozemlju obdavči celoten svetovni dobiček družb rezidentk, medtem ko lahko družbe nerezidentke obdavči izključno za dobičke, ki izvirajo iz njihove dejavnosti v tej državi.³⁰ Vendar tako načelo ne upravičuje zavrnitve ugodnosti matični družbi rezidentki, ker dobički njenih hčerinskih družb ne morejo biti obdavčeni.³¹ To načelo v okviru uporabe prava Skupnosti zagotavlja nujnost upoštevanja omejitev davčnih pristojnosti držav članic. Zadevna država članica v zadevi Futura Participations in Singer ni mogla biti prisiljena upoštevati tujih izgub, saj so bile povezane z dohodki davčnih zavezancev nerezidentov iz tujine. V tej zadevi je drugače. Tu odobritev ugodnosti ne vpliva na uveljavljanje konkurenčne davčne pristojnosti. Zadeva matične družbe s sedežem v Nemčiji, katerih celotni dohodek je obdavčen v tej državi. Zato nič ne upravičuje zavrnitve te ugodnosti.

50. „Davčna sistematika“ spominja na bolj znan pojem v sodni praksi Sodišča, in sicer na „davčno doslednost“³². Nemška vlada v zvezi s tem pojasnjuje, da se v skladu s konvencijami o izogibanju dvojnega obdavčevanja, sklenjenimi z več državami članicami, od dividend, ki so jih izplačale hčerinske družbe, v Nemčiji ne plačuje davka. V teh okoliščinah nemška vlada meni, da bi bilo logično in dosledno, da se matični družbi rezidentki ne

³⁰ – Zgoraj navedena sodba Marks & Spencer, točka 39.

³¹ – *Ibidem*, točka 40.

³² – Glej predvsem zgoraj navedeno sodbo Manninen, točki 42 in 43.

²⁹ – Zgoraj navedena sodba Vestergaard, točka 26 in navedena sodna praksa.

odobri ugodnosti za izgube, povezane z njenimi hčerinskimi družbami. Taka ugodnost bi se lahko odobrila samo, če bi bil dobiček teh hčerinskih družb zaradi neobstoja dvostranske konvencije, v kateri je določena oprostitvev, obdavčljiv v Nemčiji.

51. S tem se ne strinjam. Z davčnimi konvencijami o izogibanju dvojnega obdavčevanja se ne more odpraviti ugotovljeno neugodno obravnavanje. Po nemški zakonodaji se izgube, kakršne se obravnavajo v tej zadevi, vedno upoštevajo, kadar hčerinska družba izvaja „aktivno dejavnost“ v smislu člena 2a(2) EStG. Vendar se v tem primeru od dividend, ki jih je ta hčerinska družba morebiti izplačala, prav tako lahko ne plačuje davka na podlagi takih konvencij. Torej ne obstaja nobena neposredna povezava med odobritvijo sporne ugodnosti matični družbi in oprostivijo plačila davka od dividend, ki jih je izplačala njena hčerinska družba. Zato se doslednost, zagotovljena na podlagi konvencije o izogibanju dvojnega obdavčevanja, ne more upoštevati pri presoji združljivosti sporne določbe s pravom Skupnosti.³³

6. Gospodarske posledice

52. Po trditvi nemške vlade bi izpodbijanje spornega sistema lahko povzročilo velike

izgube prihodkov za nacionalni proračun. Ta vlada priznava stalnost sodne prakse, po kateri zmanjšanja davčnih prihodkov ni mogoče šteti za nujen razlog v splošnem interesu, na katerega se je mogoče sklicevati za utemeljevanje ukrepa, ki načeloma nasprotuje temeljni svoboščini.³⁴ Vendar predlaga Sodišču, naj znova preuči svojo sodno prakso ob upoštevanju dejstva, da so davčni prihodki glavni vir prihodkov držav članic in Skupnosti.

34 – Glej na splošno sodbo z dne 7. februarja 1984 v zadevi Duphar in drugi (238/82, Recueil, str. 523, točka 23) in sklepne predloge generalnega pravobranilca G. F. Mancinija v tej zadevi, na davčnem področju pa predvsem sodbo z dne 6. junija 2000 v zadevi Verkooijen (C-35/98, Recueil, str. I-4071, točka 48) in zgoraj navedeno sodbo Manninen, točka 49. Vseeno se dogaja, da se gospodarski vidiki ureditve upoštevajo, kadar so neločljivo povezani z drugimi razlogi, ki se štejejo za upravičene. Dokaz je predvsem sodba z dne 10. julija 1984 v zadevi Campus Oil in drugi (72/83, Recueil, str. 2727), v kateri je Sodišče priznalo, da je nacionalna ureditev, ki določa obveznost za vse uvoznike, da nabavijo določen del naftnih proizvodov pri rafineriji na nacionalnem ozemlju, lahko utemeljena, če sledi bistvenemu cilju zanesljivosti oskrbe z energijo, ki presega samo gospodarske razloge (točki 34 in 35). Sodišče meni tudi, da Pogodba državam članicam dovoljuje, da omejijo svobodo opravljanja zdravstvenih in bolnišničnih storitev, če je ohranitev zdravstvene zmogljivosti ali zdravstvene pristojnosti na nacionalnem ozemlju pomembna za javno zdravje in celo preživetje prebivalstva (sodba z dne 28. aprila 1998 v zadevi Kohll, C-158/96, Recueil, str. I-1931, točka 51). Tako usmeritev je sprejelo tudi na področju evropskega državljanstva. Sodišče v zvezi s tem priznava, da je pravica državljanov Unije do prebivanja lahko podrejena „legitimnim interesom“ držav članic v zvezi z varovanjem njihovih sistemov socialne pomoči (glej sodbo z dne 17. septembra 2002, Baumbast in R, C-413/99, Recueil, str. I-7091, točki 87 in 90). Če pa se izkaže, da je cilj omejevalnega ukrepa predvsem proračunski, ker je njegov namen predvsem znižati stroške delovanja sistema zdravstvenega zavarovanja, ne da bi se postavilo vprašanje ogrožanja finančnega ravnovesja tega sistema, ga Sodišče brez oklevanja obsodi (glej zgoraj navedeno sodbo Duphar in drugi, točki 16 in 23). Iz te sodne prakse izhaja, da čeprav država članica lahko upravičeno navaja gospodarske ali finančne razloge, kadar obstaja tveganje, da bo ohranitev bistvene storitve njenega socialnega sistema resno ogrožena, pa nasprotno samo gospodarski cilj ne more biti legitimni razlog za utemeljitev omejitve temeljne svoboščine, zagotovljene s Pogodbo.

33 – Glej predvsem sodbo z dne 11. avgusta 1995 v zadevi Wielockx (C-80/94, Recueil, str. I-2493, točki 24 in 25).

53. Tako skrb je mogoče šteti za upravičeno. Res je, da ima lahko uporaba pravil Skupnosti včasih velik finančni učinek za nekatere nacionalne davčne sisteme. V nekaterih primerih lahko ta učinek celo škoduje finančnemu ravnovesju države.

54. Vendar mora zadevna država članica ugotoviti obstoj takega učinka v vsakem primeru posebej, in če je ta vpliv mogoče dokazati, ga je treba upoštevati na ravni učinkov odločbe, ki jo izda Sodišče, ne pa pri utemeljevanju omejevalnega ukrepa. Treba je tudi opozoriti, da se odločitev o časovni omejitvi učinkov sodbe Sodišča lahko sprejme samo v izjemnih okoliščinah, ko lahko zadevna država članica dokaže, da obstaja tveganje hudih gospodarskih posledic, in če je lahko upravičeno verjela, da je bilo njeno ravnanje združljivo s pravom Skupnosti.³⁵

55. Po mojem mnenju ne bi bilo pametno, da Sodišče to skrb vključi v utemeljitve, ki dovoljujejo odstopanje od temeljnih pravil Pogodbe. Če mora po mnenju držav članic obstajati možnost, da gospodarski razlogi utemeljujejo davčne ukrepe, ki ovirajo prosti pretok, se mi zdi, da je samo v njihovi pristojnosti,

da to vključijo v Pogodbo. Sodišču ni treba dati pobude za to, in sicer iz teh treh razlogov.

56. Prvi razlog je praktičen. Če bi priznali tako gospodarsko utemeljitev, bi bilo treba najprej določiti področja, na katerih bi jo bilo treba priznati. Ali bi jo bilo treba omejiti na davčno področje ali razširiti na druga gospodarska in socialna področja? Nato bi bilo treba določiti parametre in spremenljivke, s katerimi bi lahko ocenili finančni učinek uporabe pravil Skupnosti. Vendar je očitno, da je Sodišče zelo slabo opremljeno za izvedbo take ocene, predvsem zaradi gospodarske in davčne *raznovrstnosti* držav članic Unije. Zato se mi zdi, da bi bilo priznanje take utemeljitve brez jasnih pravil, določenih v Pogodbi, vir takih težav, da bi to lahko vplivalo na legitimnost Sodišča.

57. Drugi razlog se nanaša na učinek, ki bi ga imela ta utemeljitev. Če bi bilo namreč treba določen obseg proračunskih izgub upoštevati pri utemeljitvi omejitve temeljnih svoboščin, bi s tem nastalo tveganje, da bi se spodbujale resne in množične kršitve prava Skupnosti. Dlje bi trajala kršitev, višji bi bili stroški ponovne vzpostavitve zakonitosti Skupnosti in toliko lažje bi bilo doseči sprejetje take utemeljitve.

³⁵ – Sodba z dne 20. septembra 2001 v zadevi Grzelczyk (C-184/99, Recueil, str. I-6193, točka 53).

58. Nazadnje, čeprav od ustanovitve Skupnosti velja, da lahko vzpostavitev notranjega trga, ki vključuje odpravo vsakršnih trgovinskih ovir, privede do odprave nekaterih virov za države članice, je prav tako res, da imajo te države koristi od razvoja gospodarskih dejavnosti na razširjenem notranjem trgu.

59. Nemška vlada dodaja priložnostno utemeljitev. Po njenem mnenju je upoštevanje gospodarskih posledic zdaj toliko bolj upravičeno, ker države članice zavezuje stroga proračunska disciplina na podlagi Pakta za stabilnost in rast.³⁶ Vendar ta trditev ne upošteva besedila Pogodbe in duha, v katerem je bil ta pakt zasnovan. Naj najprej spomnim, da je treba v skladu s členom 4 ES tesno usklajevanje ekonomskih politik izvajati v skladu z načelom odprtega tržnega gospodarstva s svobodno konkurenco. Poleg tega je razlaga, po kateri bi uporaba Pakta ustvarila ovire za vzpostavitev notranjega trga, v nasprotju s samim duhom Pakta, katerega izrecni namen je spodbujati pravilno delova-

nje gospodarske in monetarne unije ter s tem dokončanje notranjega trga.

60. Iz te analize sledi, da je treba zavrniti vse razloge, ki jih je nemška vlada navedla za utemeljitev spornega omejevalnega ukrepa. Treba je ugotoviti, da je nemški zakonodajalec s sprejetjem sporne ureditve želel predvsem spodbuditi gospodarstvo v državi, tako da bi odvrčal od vlaganj v družbe s sedežem v drugih državah članicah. Kot je navedeno v predložitveni odločbi, lahko odstopanje od prepovedi odbitka za taka vlaganja obstaja samo v primerih dejavnosti, ki so v interesu nacionalnega gospodarstva. Torej je iz nastajanja te določbe razvidno, da se je nemški zakonodajalec namerno odločil postaviti v slabši položaj transnacionalne položaje v prid samo gospodarskega cilja in v škodo temeljnih zahtev notranjega trga.³⁷

C – Razlaga določb o prostem pretoku kapitala

61. Ker določbe Pogodbe o svobodi ustanavljanja nasprotujejo uporabi zadevne

36 – Pakt za stabilnost in rast sestavljajo Resolucija Evropskega sveta z dne 17. junija 1997 (UL C 236, str. 1), Uredba Sveta (ES) št. 1466/97 z dne 7. julija 1997 o okrejitvi nadzora nad proračunskim stanjem ter o nadzoru in usklajevanju gospodarskih politik (UL L 209, str. 1) in Uredba Sveta (ES) št. 1467/97 z dne 7. julija 1997 o pospešitvi in razjasnitvi izvajanja postopka v zvezi s čezmernim primanjkljajem (UL L 209, str. 6). Ti uredbi sta bili pred časom spremenjeni z uredbama Sveta (ES) št. 1055/2005 in (ES) št. 1056/2005 z dne 27. junija 2005 (UL L 174, str. 1 in 5).

37 – Glej v istem smislu zgoraj navedeno sodbo Verkoovien, točki 47 in 48, in sodbo z dne 5. junija 1997 v zadevi SETTG (C-398/95, Recueil, str. I-3091, točki 22 in 23).

ureditve v okoliščinah, kakršne so obstajale v tej zadevi, se za rešitev spora o glavni stvari ne zdi potrebno preučiti, ali temu nasprotujejo tudi določbe Pogodbe o prostem pretoku kapitala.

62. Vendar se zdi, da se za nekatere položaje, na katere se nanaša sporna določba te ureditve, pravila o svobodi ustanavljanja morda ne uporabljajo. Tako je predvsem v primeru družbe, ki ima deleže v družbi v drugi državi članici, ne da bi jo nadzorovala ali vplivala nanjo.³⁸ V teh okoliščinah je lahko koristno podredno preučiti, ali se lahko uporablja člen 56(1) ES, ki prepoveduje vse omejitve pretoka kapitala med državami članicami.

63. Pojem „pretok kapitala“ v Pogodbi ni opredeljen. Vendar je iz ustaljene sodne prakse razvidno, da je nomenklatura pretoka kapitala, ki je priložena k Direktivi Sveta 88/361/EGS z dne 24. junija 1988 o izvajanju člena 67 Pogodbe³⁹, obdržala značaj napotila za opredelitev tega pojma, kot ga je imela

pred začetkom veljavnosti člena 56 ES, ker je ta člen v bistvu povzel vsebino člena 1 te direktive.⁴⁰

64. Udeležba v novem ali obstoječem podjetju zaradi vzpostavitve ali ohranjanja trajnih gospodarskih povezav je navedena v naslovu I, točka 2, navedene nomenklature. Iz tega sledi, da so udeležbe, ki so vir odpisov knjigovodske vrednosti, ki so predmet ureditve, obravnavane v tej zadevi, pretok kapitala, za katerega veljajo določbe Pogodbe o prostem pretoku.

65. Zato je treba preučiti, ali ureditev, kot je ta, ki se obravnava v postopku v glavni stvari, pomeni omejitev pretoka kapitala.

66. V zvezi s tem iz sodne prakse ne izhaja, da je treba to ureditev presoјati po drugačnih merilih od tistih, ki se uporabljajo za svobodo ustanavljanja. Jasna posledica nemške davčne ureditve je odvracanje nemških podjetij od vlaganj kapitala v nekatere družbe s sedežem v drugi državi članici.⁴¹ Taka

38 – Glej točko 14 teh sklepnih predlogov.

39 – UL L 178, str. 5. Člen 67 Pogodbe je bil razveljavljen z Amsterdamsko pogodbo.

40 – Glej zlasti sodbo z dne 16. marca 1999 v zadevi Trummer in Mayer (C-222/97, Recueil, str. I-1661, točka 21).

41 – Glej po analogiji zgoraj navedeni sodbi Verkooijen, točka 34, in Manninen, točka 22.

ureditev ima tudi omejevalni učinek na te družbe s sedežem v drugih državah članicah, ker zanje pomeni oviro za zbiranje kapitala v Nemčiji, saj izgube, ki jih lahko povzročijo nemškimi vlagateljem, tem ne dajejo pravice do enakih ugodnosti kot vlaganja, izvedena v Nemčiji.

67. Iz navedenega je razvidno, da ta ureditev načeloma pomeni omejitev prostega pretoka kapitala. Ker so utemeljitve, ki bi jih zadevna država članica lahko navedla v podporo svoji ureditvi, v bistvu enake tistim, ki so bile navedene v okviru razlage pravil o svobodi ustanavljanja, jih ni treba sprejeti.

III - Predlog

68. Zato predlagam Sodišču, naj odloči, da je treba člene 43 ES, 48 ES in 56 ES razlagati tako, da nasprotujejo ureditvi države članice, ki v nekaterih primerih izključuje davčni odbitek izgub, ki jih ima matična družba zaradi odpisov knjigovodskih vrednosti deležev v hčerinskih družbah s sedežem v drugih državah članicah, medtem ko je odbitek takih izgub dovoljen brez omejitev, kadar izgube nastanejo zaradi odpisa knjigovodskih vrednosti deležev v hčerinskih družbah, ki imajo sedež v isti državi članici kot matična družba.