



## Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA  
NIILA JÄÄSKINENA,  
predstavljeni 10. julija 2012<sup>1</sup>

**Zadeva C-207/11**

**3D I Srl**

**proti**

**Agenzia delle Entrate Direzione Provinciale di Cremona**

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Commissione Tributaria Regionale di Milano, sez. distaccata di Brescia (Italija))

„Davčna ureditev, ki velja za prenos sredstev znotraj Unije — Direktiva 90/434/EGS — Direktiva 78/660/EGS — Davčna nevtralnost — Skladnost računovodske obveznosti, ki jo nalaga nacionalna zakonodaja, z Direktivo 90/434 — Ekonomsko dvojno obdavčevanje — Dopustnost predloga za sprejetje predhodne odločbe“

### I – Uvod

1. Ta zadeva se nanaša na razlago Direktive 90/434/EGS o skupnem sistemu obdavčitve za združitve, delitve, prenose sredstev in zamenjave kapitalskih deležev družb iz različnih držav članic (v nadaljevanju: Direktiva 90/434)<sup>2</sup>. Natančneje, obravnava določbe, ki se nanašajo na odlog obdavčitve kapitalskih dobičkov, ki izhajajo iz prenosa sredstev znotraj Unije.

2. Predložitveno sodišče je podvomilo o skladnosti italijanske določbe z Direktivo 90/434 zaradi domnevnega odstopanja od načela davčne nevtralnosti, ki ga zagotavlja navedena direktiva. Zadevna italijanska določba zahteva oblikovanje rezervnih sredstev v bilanci stanja prenosne družbe, če prejetim deležem pripiše knjigovodsko vrednost, ki je večja od vrednosti prenesenih sredstev v času transakcije. Vendar imam resne pomisleke, ali je vprašanje za predhodno odločanje dopustno, saj se ob upoštevanju dejanskega in pravnega okvira zdi hipotetično.

### II – Pravni okvir

#### A – Zakonodaja Evropske unije

3. V četrti in šesti uvodni izjavi Direktive 90/434 je navedeno:

„ker naj bi skupni davčni sistem odpravil obdavčitev v zvezi z združitvami, delitvami, prenosi sredstev ali zamenjavo kapitalskih deležev ter hkrati zavaroval finančne interese države, v kateri je prenosna družba ali prevzeta družba;

<sup>1</sup> — Jezik izvornika: angleščina.

<sup>2</sup> — UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 9, zvezek 1, str. 142.

[...]

ker omogoča sistem odloga obdavčitve kapitalskih dobičkov iz prenesenih sredstev do časa njihovega dejanskega razpolaganja, ki se uporablja za sredstva, prenesena stalni enoti, oprostitve obdavčitve ustreznih kapitalskih dobičkov, hkrati pa zagotavlja, da jih dokončno obdavči država, v kateri je prenosna družba, v času dejanskega razpolaganja“.

4. Člen 2 Direktive 90/434 določa:

„V tej direktivi imajo izrazi naslednji pomen:

[...]

(c) ‚prenos sredstev‘ pomeni operacijo, s katero družba brez prenehanja prenese vse ali eno ali več vej svoje dejavnosti na drugo družbo v zamenjavo za prenos vrednostnih papirjev, ki predstavljajo kapital družbe, ki sprejme prenos;

[...]

(e) ‚prenosna družba‘ pomeni družbo, ki prenese svoja sredstva in obveznosti ali prenese vse ali eno ali več vej svoje dejavnosti;

(f) ‚družba prejemnica‘ pomeni družbo, ki sprejme sredstva in obveznosti ali vse ali eno ali več vej dejavnosti prenosne družbe;

[...]“

5. Člen 4 Direktive 90/434 določa:

„1. Združitev ali delitev ne sme povzročiti obdavčenja kapitalskih dobičkov, izračunanih iz razlike med realno vrednostjo prenesenih sredstev in obveznosti ter njihovo vrednostjo za davčne namene.

[...]

2. Države članice uporabljajo odstavek 1 pod pogojem, da družba prejemnica izračuna novo amortizacijo in dobičke ali izgube v zvezi s prenesenimi sredstvi in obveznostmi v skladu s pravili, ki bi veljala za družbo ali družbe, ki so opravile prenos, če ne bi bilo združitve ali delitve.

3. Kadar je po zakonih države članice, v kateri je prenosna družba, družba prejemnica upravičena do nove amortizacije ali dobičkov ali izgub v zvezi s prenesenimi sredstvi in obveznostmi, ki se izračunajo po osnovi, drugačni od tiste, določene v odstavku 2, se odstavek 1 ne uporablja za sredstva in obveznosti, za katere je uporabljena ta možnost.“

6. V skladu s členom 9 Direktive 90/434 se za prenose sredstev uporabljajo določbe členov 4, 5 in 6.

7. Člen 33(2)(a) in (d) Četrte direktive Sveta 78/660/EGS z dne 25. julija 1978 o letnih računovodskih izkazih posameznih vrst družb, ki temelji na členu 54(3)(g) Pogodbe<sup>3</sup>, določa:

„(a) Kadar se uporabi odstavek 1, se mora znesek razlike med vrednotenjem po uporabljeni metodi in vrednotenjem v skladu s splošnim pravilom, določenim v členu 32, vnesti v revalorizacijsko rezervo pod ‚Obveznosti‘. Obravnava te postavke v davčne namene mora biti razložena bodisi v bilanci stanja bodisi v pojasnilih k računovodskim izkazom.

Za namene uporabe zadnjega pododstavka odstavka 1 objavijo družbe, kadarkoli se znesek rezerve spremeni med tekočim poslovnim letom, v pojasnilih k računovodskim izkazom med drugim tudi tabelo, ki kaže:

- znesek revalorizacijske rezerve na začetku poslovnega leta;
- revalorizacijske razlike, prenesene na revalorizacijske rezerve med poslovnim letom;
- kapitalizirane ali kako drugače prenesene zneske revalorizacijske rezerve med poslovnim letom, tako da se razkrije narava takšnega prenosa;
- znesek revalorizacijske rezerve ob koncu poslovnega leta.

[...]

(d) Razen v primerih, predvidenih pod (b) in (c), se revalorizacijska rezerva ne sme zmanjšati.“

#### B – Nacionalna zakonodaja

8. Člen 2(2) zakonske uredbe št. 544 z dne 30. decembra 1992 (v nadaljevanju: zakonska uredba št. 544/1992), s katero se izvaja Direktiva 90/434, določa: „Noben od prenosov [dejavnosti ali vej dejavnosti] iz točke (c) [člena 1] ne pomeni realizacije kapitalskega dobička ali izgube: vendar zadnja vrednost prenesene dejavnosti ali veje dejavnosti, pripisana za davčne namene, pomeni vrednost, ki se prejetemu kapitalskemu deležu pripiše za davčne namene. Razlika med vrednostjo prejetih deležev in zadnjo vrednostjo prenesenih sredstev, kakor je bila pripisana za obdavčenje dohodka, ni del obdavčljivega prihodka prenosnega podjetja ali družbe, če ni bila realizirana ali razdeljena družbenikom. Če so prejeti deleži vneseni v bilanco stanja kot vrednost, ki je višja od računovodske vrednosti prenesene dejavnosti, se razlika vnese pod ustrezno postavko in je del obdavčljivega prihodka v primeru razdelitve [...]“.<sup>4</sup>

9. Člen 1 zakonske uredbe št. 358 z dne 8. oktobra 1997 (v nadaljevanju: zakonska uredba št. 358/1997) določa:

„1. V primeru kapitalskih dobičkov, nastalih iz prenosa podjetij, ki so bila v lasti najmanj tri leta in so opredeljena v skladu z merili iz člena 54 prečiščene različice zakona o obdavčitvi dohodka, odobrene z uredbo št. 917 predsednika republike z dne 22. decembra 1986, se kot nadomestilo za davek od dohodka lahko uporabi davek z 19-odstotno davčno stopnjo.

[...]

2. Izbrano možnost uporabe nadomestnega davka je treba navesti v davčni napovedi za davčno obdobje, v katerem so bili uresničeni kapitalski dobički.“

3 — UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 17, zvezek 1, str. 21.

4 — Ta določba ne velja več. Preklicana je bila v okviru reforme italijanskega sistema obdavčitve dohodkov pravnih oseb leta 2003.

10. Člen 4(2) zakonske uredbe št. 358/1997 določa:

„Namesto uporabe prvega odstavka [člena 4 zakonske uredbe št. 358/1997] se lahko osebe, ki so v njem opredeljene, ob prenosu odločijo za uporabo prečiščene različice zakona o obdavčitvi dohodka, odobrene z uredbo št. 917 predsednika republike z dne 22. decembra 1986, in člena 1 te uredbe. Navedeno možnost je mogoče izkoristiti tudi glede prenosov iz člena 1 zakonske uredbe št. 544 z dne 30. decembra 1992 o ukrepih za izvajanje direktiv Skupnosti, ki se nanašajo na davčno obravnavanje združitvev, delitev, prenosov sredstev in zamenjav deležev.“

### III – Dejansko stanje in vprašanje za predhodno odločanje

11. 3D I – prenosna družba – je kapitalska družba s sedežem Cremi v Italiji. Ta družba je 12. oktobra 2000 vejo svoje dejavnosti, ki je imela sedež v Italiji, prenesla na družbo s sedežem v Luksemburgu – družba prejemnica – in v zameno dobila kapitalske deleže v tej družbi. Po tej transakciji je prenesena veja dejavnosti postala del luksemburške družbe, tako kot njena stalna poslovna enota v Italiji.

12. Družba 3D I se je odločila, da bo svojim deležem v družbi prejemnici pripisala vrednost, ki je bila – za davčne namene – višja od vrednosti prenesene veje dejavnosti.

13. Družba 3D I se je 9. maja 2001 odločila, da bo za kapitalski dobiček iz te transakcije plačala italijanski nadomestni davek po 19-odstotni davčni stopnji, kot je predvideno v členih 1(1) in 4(2) zakonske uredbe št. 358/1997, namesto po običajni 33-odstotni davčni stopnji, ki se uporablja v skladu z ustreznimi italijanskimi davčnimi predpisi. S tem se je družba 3D I odpovedala sistemu davčne nevtralnosti iz člena 2(2) zakonske uredbe št. 544/1992. V skladu s to določbo bi bila družba 3D I oproščena plačila davka na kapitalski dobiček, ki je nastal ob prenosu, kot izhaja iz člena 2 Direktive 90/434 v povezavi z njenim členom 4. Nadomestni davek, ki ga je družba 3D I plačala italijanskim davčnim organom, je znašal 5.732.298.000 LIT, to je 2 960 484,85 EUR.

14. Po plačilu tega davka je bilo kapitalski dobiček iz transakcije mogoče razdeliti. To pomeni, da je bila razlika med vrednostjo prenesene veje dejavnosti za davčne namene in računovodsko vrednostjo, ki jo je družba 3D I pripisala kapitalskim deležem, prejetim v zameno, priznana za davčne namene.

15. Družba 3D I trdi, da se je po tem, ko je izvedela za sodno prakso Sodišča, predvsem za zadevo X in Y<sup>5</sup>, 8. januarja 2004 odločila, da od italijanskih davčnih organov zahteva vračilo plačanega nadomestnega davka. Družba 3D I trdi, da člen 2(2) zakonske uredbe št. 544/1992 ni bil v skladu z Direktivo 90/434, saj je za nevtralnost prenosa z vidika obveznosti plačila davka na kapitalski dobiček določal pogoje, ki jih navedena direktiva ni predvidela. Družba 3D I je ugovarjala predvsem delu člena 2(2) zakonske uredbe št. 544/1992, ki bi od nje zahteval, da zamrzne razliko med računovodsko vrednostjo prenesene veje dejavnosti in prejetimi kapitalskimi deleži v obliki rezerve, ki bi v primeru razdelitve pomenila obdavčljivi dohodek.

16. Tako je družba 3D I trdila, da je bil ta računovodski pogoj iz tretjega stavka člena 2(2) zakonske uredbe št. 544/1992 protipraven. Dalje je trdila, da se je zaradi tega protipravnega pogoja odločila za nadomestni davek, določen v členu 2(2) zakonske uredbe št. 544/1992, s katero se izvaja Direktiva 90/434, namesto za sistem davčne nevtralnosti.

5 — Sodba z dne 21. novembra 2002 (C-436/00, Recueil, str. I-10829).

17. Agenzia delle Entrate je aprila 2004 implicitno zavrnila zahtevek za vračilo, družba 3D I pa se je zoper to odločitev pritožila pri Commissione tributaria provinciale di Cremona (pokrajinsko davčno sodišče, Cremona). Pritožba je bila oktobra 2006 zavrnjena predvsem z obrazložitvijo, da se je družba 3D I svobodno odločila za sistem nadomestnega davka in da je imela koristi od ugodnejše davčne stopnje v primerjavi z običajno, ki bi jo morala plačati v primeru realizacije kapitalskega dobička.

18. Družba 3D I je zoper to sodbo 5. marca 2011 vložila pritožbo pri Commissione Tributaria Regionale di Milano. To sodišče je menilo, da je člen 2(2) zakonske uredbe št. 544/1992 v nasprotju z Direktivo 90/434 in da iz ustaljene sodne prakse Sodišča izhaja, da so ukrepi, ki preprečujejo prosti pretok kapitala in svobodo ustanavljanja, protipravni.

19. Razlog za to naj bila obveznost, naložena družbi 3D I kot prenosni družbi, da v bilanco stanja vnese rezervna sredstva, saj bi v nasprotnem primeru prišlo do obdavčitve kapitalskega dobička, ki je rezultat prenosa. Po mnenju predložitvenega sodišča bi morale države članice, da bi se izognile tej očitni neskladnosti z zakonodajo Evropske unije, odložiti obdavčitev kapitalskega dobička, dokler se ta ne realizira, za to odložitev pa se ne bi smeli uporabljati pogoji, ki pretirano omejujejo temeljne svoboščine.

20. V teh okoliščinah je nacionalno sodišče Sodišču v predhodno odločanje predložilo to vprašanje:

„Ali je zakonodaja države članice, kakršna je italijanska iz člena 2(2) zakonske uredbe št. 544 z dne 30. decembra 1992, v skladu s katero se prenosni družbi pri prenosu ali zamenjavi kapitalskih deležev obdavči kapitalski dobiček iz prenosa v višini razlike med prvotnimi stroški nakupa prenesenih kapitalskih deležev in njihovo prodajno vrednostjo, razen če prenosna družba v bilanci stanja ovrednoti posebna rezervna sredstva v višini kapitalskega dobička iz prenosa, kot je predmet tega postopka, v nasprotju s členi 2, 4 ter 8(1) in (2) Direktive Sveta 90/434/EGS z dne 23. julija 1990 o skupnem sistemu obdavčitve za združitve, delitve, prenose sredstev in zamenjave kapitalskih deležev družb iz različnih držav članic?“

#### **IV – Analiza**

##### *A – Dopustnost predloga za sprejetje predhodne odločbe*

21. S predložitveno odločbo je Sodišče zaproseno za razlago členov 2, 4 ter 8(1) in (2) Direktive 90/434. Vendar se nagibam k stališču, da je predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je predložilo nacionalno sodišče, nedopusten.

22. V skladu z ustaljeno sodno prakso informacije, predložene v predlogu za sprejetje predhodne odločbe, niso namenjene le temu, da se Sodišču omogoči, da poda koristne odgovore nacionalnemu sodišču, temveč tudi temu, da se vladam držav članic in drugim zainteresiranim strankam omogoči predložitev stališč v skladu s členom 23 Statuta Sodišča.

23. Zato mora nacionalno sodišče, prvič, preučiti dejanski in pravni okvir vprašanj, potem pa vsaj razložiti dejanske okoliščine, na katerih temeljijo navedena vprašanja. Drugič, v predložitveni odločbi morajo biti navedeni natančni razlogi, zakaj nacionalno sodišče dvomi o razlagi ustreznih določb prava EU in meni, da je treba Sodišču predložiti vprašanja za predhodno odločanje.

24. Zato je nujno, da nacionalno sodišče vsaj nekoliko pojasni razloge, iz katerih je izbralo določbe prava EU, katerih razlago potrebuje, in povezavo med navedenimi določbami in nacionalno zakonodajo, ki se uporablja v postopku v glavni stvari.<sup>6</sup>

25. Po drugi strani za vprašanja za predhodno odločanje velja domneva upoštevnosti. Sodišče lahko predlog nacionalnega sodišča za sprejetje predhodne odločbe zavrne samo, če je precej očitno, da zahtevana razlaga prava Unije nima nobene povezave z dejanskim stanjem ali predmetom spora o glavni stvari, če je problem hipotetičen ali če Sodišče nima na voljo pravnih in dejanskih elementov, ki so potrebni za to, da bi lahko na postavljena vprašanja dalo koristne odgovore.<sup>7</sup>

26. Najprej je treba ugotoviti, da vprašanje za predhodno odločanje, ki ga je predložilo nacionalno sodišče, vsebuje predlog za razlago člena 8(1) in (2) Direktive 90/434. Vendar člen 9 navedene direktive določa, da se člen 8 ne uporablja za prenos sredstev. V predlogu za sprejetje predhodne odločbe ni razloženo, zakaj je člen 8 pomemben v postopku v glavni stvari.

27. Drugič, v skladu s predložitveno odločbo se prenosna družba obdavči za kapitalski dobiček iz prenosa sredstev in za ta kapitalski dobiček velja, da ustreza razliki med začetnimi stroški pridobitve prenesenih deležev in njihovo trenutno tržno vrednostjo. Prenosna družba bi se lahko izognila plačilu davka na kapitalski dobiček, če bi v svojo bilanco stanja vnesla posebna rezervna sredstva, ki bi ustrezala kapitalskim dobičkom, nastalim pri prenosu.

28. Vendar opis zadevne nacionalne določbe ne ustreza zakonodajnemu besedilu. Razlago nacionalnega zakona iz predložitvene odločbe izpodbijata tudi italijanska vlada in Komisija.

29. Člen 2(2) zakonske uredbe št. 544/1992, ki je edina nacionalna določba, na katero se sklicuje v vprašanju za predhodno odločanje, dejansko določa, da:

- prenos sredstev *ne* pomeni realizacije dobička ali izgube;
- razlika med vrednostjo prejetih deležev in zadnjo davčno vrednostjo prenesenih sredstev – pred realizacijo ali distribucijo – *ne* prispeva k ustvarjanju obdavčljivega dohodka prenosne družbe in
- če se deleži vnesejo v bilanco stanja po vrednosti, ki presega knjigovodsko vrednost prenesenih sredstev, *potem* je treba razliko vpisati pod *ad hoc* računovodsko postavko in mora v *primeru razdelitve* prispevati k ustvarjanju obdavčljivega prihodka.

30. Tako zadevna nacionalna določba ne nalaga obdavčitve zaradi prenosa sredstev. Poleg tega se zdi, da družba 3D I ne trdi, da je zadevni prenos sredstev kot tak sprožil kakršno koli odgovornost za plačilo davka. Če sem pravilno razumel njeno trditev, se je odločila za plačilo nadomestnega davka, ker je menila, da je italijanska zakonodaja določala računovodsko obveznost, ki ni bila privlačna.

31. V skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišče ni pristojno niti za to, da bi se v okviru odločanja o predlogu za sprejetje predhodne odločbe izreklo o razlagi nacionalnih določb, niti za to, da bi presojalo o tem, ali jih predložitveno sodišče pravilno razlaga.<sup>8</sup> Sodišče mora v skladu s porazdelitvijo pristojnosti med sodišči EU in sodišči držav članic izhajati iz dejanskega in pravnega okvira, kot je opredeljen v predložitveni odločbi in znotraj katerega se postavljajo vprašanja za predhodno odločanje.<sup>9</sup>

6 — Glej sodbo z dne 8. septembra 2009 v zadevi Liga Portuguesa de Futebol Profissional in Bwin International (C-42/07, ZOdl., str. I-7633, točka 40 in navedena sodna praksa).

7 — Glej v tem smislu sodbo z dne 1. julija 2010 v zadevi Sbarigia (C-393/08, ZOdl., str. I-6337, točka 20 in navedena sodna praksa).

8 — Glej v tem smislu sodbi z dne 29. aprila 2004 v združenih zadevah Orfanopoulos in Oliveri (C-482/01 in C-493/01, Recueil, str. I-5257, točka 42) in z dne 3. oktobra 2000 v zadevi Corsten (C-58/98, Recueil, str. I-7919, točka 24).

9 — Glej sodbi z dne 25. oktobra 2001 v zadevi Ambulanz Glöckner (C-475/99, Recueil, str. I-8089, točka 10) in z dne 13. novembra 2003 v zadevi Neri (C-153/02, Recueil, str. I-13555, točka 35).

32. V obravnavani zadevi pa se nagibam k ugotovitvi, da je zaradi neskladja med ubeseditvijo vprašanja za predhodno odločanje na eni strani ter besedili nacionalnih določb in stališč strank na drugi predlog za sprejetje predhodne odločbe po dejanskem stanju in pravu hipotetičen. Seveda se lahko Sodišče, potem ko odgovori na vprašanja za predhodno odločanje, preprosto odloči, da preverjanje utemeljenosti prvotne razlage nacionalne zakonodaje prepusti Commissione Tributaria Regionale di Milano<sup>10</sup>. Vendar to morda ne bo zadoščalo za odpravo hipotetičnosti vprašanja.

33. Tretjič, če je bil namen vprašanja za predhodno odločanje pridobiti mnenje o skladnosti italijanske zakonodaje s prepovedjo razlikovanja pri davčnem obravnavanju na podlagi sedeža družbe, ki izhaja iz prava EU, se vprašanje, ki ga je predložilo nacionalno sodišče, na to izrecno ne nanaša. Vendar je v delu predložitvene odločbe, v katerem so pojasnjeni razlogi za predložitev vprašanja za predhodno odločanje, navedena razlika v obravnavanju, ki bi se lahko „štela“ za neustavno. To pa zato, ker se izpodbijani sistem nanaša samo na prenose znotraj Unije, pri čemer so izključeni povsem notranji prenosi. Nacionalno predložitveno sodišče se zanaša na vrsto sodb Sodišča, vključno s sodbo X in Y, na kateri temelji precejšen del argumentacije družbe 3D I.<sup>11</sup>

34. V zvezi s tem se mi zdi problematična nezadostna predstavitev pravnega okvira, zlasti pa neobstojeve povezave med ustreznimi določbami nacionalne zakonodaje in načeli prava EU o notranjem trgu glede enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije. Medtem ko je v predložitveni odločbi navedeno, da je za družbo 3D I veljal sistem, ki se ni uporabljal za prenose, opravljene izključno znotraj Italije, se je na obravnavi razpravljalo tudi o pravilni razlagi nacionalne zakonodaje v zvezi s tem vprašanjem. Družba 3D I je trdila, da je bila zaradi italijanske zakonodaje obravnavana manj ugodno v primerjavi z izključno notranjimi prenosi sredstev, medtem ko sta italijanska vlada in Komisija zagovarjali nasprotno razlago nacionalne zakonodaje in trdili, da ni šlo za okoliščine, v katerih bi bil notranji prenos sredstev obravnavan ugodneje kot prenosi znotraj Unije (pri čemer je treba upoštevati, da je bilo pri prvem načelo davčne nevtralnosti uvedeno pozneje kot pri drugem).<sup>12</sup>

35. Očitno to ni vprašanje, o katerem bi se Sodišče lahko izreklo. Poleg tega mora nacionalno sodišče v vsakem sporu, v katerem se zatrjuje kršitev prepovedi diskriminatornega obravnavanja, Sodišču predložiti jasen opis nacionalnega pravnega položaja. Če tega ni, Sodišče ne more odločiti, ali so nacionalni predpisi nezdružljivi s pravom EU. Sprašujem se tudi, ali predložitvena odločba vsebuje potrebne elemente, na podlagi katerih lahko Sodišče poda razlago prava EU na področju prepovedi diskriminacije, ki bo v pomoč nacionalnemu sodišču.<sup>13</sup>

36. Če se bo Sodišče odločilo, da je vprašanje za predhodno odločanje dopustno, podredno menim, da ga je treba preoblikovati, tako da bo zadevalo le skladnost člena 2(2) zakonske uredbe št. 544/1992 s členi 2, 4 in 9 Direktive 90/434. Kot sem že navedel, člen 8 Direktive 90/434 v postopku v glavni stvari ni pomemben.

10 — Glej zgoraj navedeno sodbo Orfanopoulos in Olivieri, točka 45.

11 — Nacionalno sodišče se je oprlo še na sodbe z dne 12. decembra 2002 v zadevi De Groot (C-385/00, Recueil, str. I-11819); z dne 18. septembra 2003 v zadevi Bosal (C-168/01, Recueil, str. I-9409); z dne 15. julija 2004 v zadevi Wiedert in Paulus (C-242/03, ZOdl., str. I-7379); z dne 15. julija 2004 v zadevi Lenz (C-315/02, ZOdl., str. I-7063); z dne 7. septembra 2004 v zadevi Manninen (C-319/02, ZOdl., str. I-7477) in z dne 5. novembra 2002 v zadevi Überseering (C-208/00, Recueil, str. I-9919).

12 — Tudi razvoj italijanske zakonodaje v zvezi s tem je bil predmet dolgotrajne in neprepičljive razprave na obravnavi.

13 — Sklep z dne 28. junija 2000 v zadevi Laguillaumie (C-116/00, Recueil, str. I-4979, točka 13).

## B – Področje uporabe in cilj Direktive 90/434

37. Najprej bi spomnil na meje ciljev Direktive 90/434. Kot sta ugotovili Komisija in italijanska vlada, Direktiva 90/434 ne vzpostavlja sistema, v katerem se kapitalski dobički, ki so posledica združitve, delitev, prenosov sredstev in zamenjav kapitalskih deležev znotraj Unije, izvzamejo iz obdavčitve. Njen namen je namreč doseči davčno nevtralnost z vzpostavitvijo skupnega sistema *odloga* obdavčitve kapitalskih dobičkov, ki se nanašajo na čezmejno združitve, delitev, prenos sredstev ali zamenjavo kapitalskih deležev. Pred datumom dejanskega razpolaganja z deleži ali sredstvi ne sme priti do obdavčitve.<sup>14</sup>

38. Osnovna zamisel Direktive 90/434 je izogniti se sprožitvi obdavčitve nerealiziranih kapitalskih dobičkov in (sicer) neobdavčenih rezerv zgolj s sklicevanjem na to, da je bila znotraj Unije izvedena taka transakcija, kot je navedena v Direktivi 90/434. To težavo je v zadevi A. T. lepo opisala generalna pravobranilka E. Sharpston, pri čemer je ugotovila naslednje:

„Kadar se ob prestrukturiranju podjetja sredstva ene družbe prenesejo na drugo, to lahko povzroči obdavčljivi dogodek. Pri davku na kapitalski dobiček pomeni prenos razpolaganje, in če se je vrednost teh sredstev povečala od takrat, ko jih je prenosnik prvotno pridobil, lahko nastane obdavčljivi dobiček. Nekatero državo članico predvidevajo oprostitve z dopuščanjem odloga kakršnega koli takojšnjega obračuna davka, ker sredstva dejansko niso realizirana. Vendar se oprostitve redko odobri pri prenosu na družbo nerezidentko zaradi strahu, da bi se izognila popolnemu plačilu davka, namesto da bi ga zgolj odložila.“<sup>15</sup>

39. V četrti uvodni izjavi Direktive 90/434 je to izraženo z navedbo, da „naj bi skupni davčni sistem odpravil obdavčitev v zvezi z *združitvami*“ (moj poudarek), medtem ko se šesta uvodna izjava sklicuje na „sistem odloga obdavčitve kapitalskih dobičkov iz prenesenih sredstev do časa njihovega dejanskega razpolaganja [...],[ki] hkrati [...] zagotavlja, da jih dokončno obdavči država, v kateri je prenosna družba, v času dejanskega razpolaganja“. To tako imenovano načelo davčne nevtralnosti se nanaša izključno na davčno obravnavanje v času čezmejne združitve, delitve, prenosa sredstev ali zamenjave kapitalskih deležev in na nobeno drugo fazo. Davčna nevtralnost velja za prenos takih sredstev, kot so obravnavana v postopku v glavni stvari v skladu s skupnim učinkom členov 4 in 9 Direktive 90/434.

40. Zato ne gre za vprašanje, ali se družba 3D I lahko opre na Direktivo 90/434, da bi izpodbijala obdavčitev s strani Italije pri realizaciji kapitalskega dobička. Pravica držav članic do obdavčitve realiziranih kapitalskih dobičkov je izrecno priznana v šesti uvodni izjavi Direktive 90/434. Dejstvo, da je šlo pri transakciji, zaradi katere je nastal kapitalski dobiček, za transakcijo znotraj Unije, ni pomembno za davek, ki se uporablja pri razpolaganju s sredstvi ali, odvisno od primera, z deleži.

41. Poleg tega so cilji Direktive 90/434, zlasti pa njenega člena 4, omejeni tako, kot je pomembno za pravna vprašanja, ki izhajajo iz postopka v glavni stvari. Člen 4 se namreč nanaša predvsem na način, kako družba prejemnica – v tem primeru luksemburška družba – vrednoti sredstva, ki so bila prenesena. Izključitev kapitalskih dobičkov iz obdavčitve ob prenosu, ki jo predvideva člen 4(1), je v členu 4(2) izrecno pogojena s tem, da „da družba prejemnica izračuna novo amortizacijo in dobičke ali izgube v zvezi s prenesenimi sredstvi in obveznostmi v skladu s pravili, ki bi veljala za družbo ali družbe, ki so opravile prenos, če ne bi bilo združitve ali delitve“.

14 — Terra, B. J. M., in Wattel, P. J., *European Tax Law*, Kluwer International, 2012, str. 669.

15 — Točka 1 sklepnih predlogov k sodbi z dne 11. decembra 2008 (C-285/07, ZOdl., str. I-9329).

42. Vendar Direktiva 90/434 ne vsebuje nobenega pojasnila o davčnem vrednotenju deležev, prejetih v zameno za prenos sredstev, s strani države članice sedeža prenosne družbe, v tem primeru Italije. Povedano drugače, države članice lahko na prenosne družbe prenesejo diskrecijsko pravico pri vrednotenju deležev, ki so jih prejele in jih morajo vpisati v svoje izkaze, medtem ko države članice ne morejo prenesti te diskrecijske pravice na družbe prejemnice, če te želijo izkoristiti davčno nevtralnost. To ureja člen 4(2) in (3) Direktive 90/434.

43. Komisija je dvakrat poskušala zagotoviti, da bi Direktiva 90/434 obravnavala vrednotenje deležev, ki so jih prejele prenosne družbe, da bi se izognili ekonomskemu dvojnemu obdavčenju „istega“ kapitalskega dobička. To je prvič storila leta 1969 s predlogom, ki je precej pozneje postal Direktiva 90/434. Ta predlog je vključeval določbo, v skladu s katero je bilo mogoče deleže družbe prejemnice vnesti v bilanco stanja prenosne družbe v vrednosti, ki je ustrezala dejanski vrednosti prenesenih sredstev, ne da bi to vodilo v obdavčitev.<sup>16</sup> Komisija je leta 2003 predlagala podobno spremembo Direktive 90/434<sup>17</sup>, ki ni bila sprejeta.<sup>18</sup>

44. Zato me trditev družbe 3D I ne prepriča, ker podpira stališče, da bi bilo treba obdavčitev njenega morebitnega kapitalskega dobička vezati – in odložiti – na trenutek, ko družba prejemnica začne razpolagati s prenesenimi sredstvi. Cilj zakonodajalca pri Direktivi 90/434 ni bil niti doseči razbremenitev kakršne koli ekonomske dvojne obdavčitve v okviru prenosa sredstev niti omogočiti prenosni družbi, da razdeli neobdavčene kapitalске dobičke družbenikom.

45. Direktiva 90/434 državam članicam torej nalaga omejene obveznosti glede družb, ki prenesejo sredstva na družbo s sedežem v drugi državi članici in v zameno prejmejo deleže. To pomeni, da morajo imeti prenosne družbe in družbe prejemnice možnost, da izkoristijo davčno nevtralnost, ki jo zagotavlja člen 4(1) navedene direktive. Vendar se s tem obveznosti držav članic končajo. Poleg tega ni nobene zahteve, da bi morale prenosne družbe prejete deleže vrednotiti na kakršen koli poseben način, saj so bili predlogi za to zavrjeni, člen 4(2) in (3) pa glede tega družbam prejemnicam nalaga jasna pravila.

#### C – Skladnost člena 2(2) zakonske uredbe št. 544/1992 z Direktivo 90/434

46. Jamstvo davčne nevtralnosti, ki ga vsebuje člen 4 Direktive 90/434, ni absolutno. Kot sta v pisnih stališčih poudarili Komisija in italijanska vlada, gre za to, da se pri transakciji spoštuje kontinuiteta davčnih vrednosti.

47. Kot je v pisnih stališčih izpostavila Komisija, člen 4(2) Direktive 90/434 družbi prejemnici to zahtevo nalaga iz upravičenih razlogov. S tem naj bi se izognili položaju, v katerem bi davčna nevtralnost lahko povzročila razbremenitev obdavčenja kapitalskih dobičkov, medtem ko je cilj Direktive 90/434 zgolj odložiti obdavčitve, dokler kapitalski dobiček ni realiziran. Kot sem že razložil, člen 4(2) in (3) Direktive 90/434 *družbi prejemnici* nalaga načelo kontinuitete pri vrednotenju prenesenih sredstev za izračun kakršne koli nove amortizacije in dobičkov ali izgub glede sredstev in obveznosti. To je predpogoj za davčno nevtralnost.

48. To pa ne velja za prenosne družbe, kot je 3D I, ki so v zameno za sredstva prejele deleže. Kot sem razložil zgoraj, Direktiva 90/434 ne obravnava vprašanja vrednotenja deležev družbe prejemnice s strani prenosne družbe za davčne in/ali računovodske namene.

16 — Predlog direktive Sveta o skupnem sistemu obdavčitve za združitve, delitve, prenose sredstev in zamenjave kapitalskih deležev družb iz različnih držav članic, člen 10(3) (UL 1969, C 39, str. 1).

17 — Predlog direktive Sveta o spremembi Direktive 90/434/EGS z dne 23. julija 1990 o enotnem sistemu obdavčenja za združitve, delitve, prenos sredstev in izmenjavo delnic gospodarskih družb različnih držav članic, COM(2003) 613 final. Glej predlagani novi člen 9(2).

18 — Glej Direktivo Sveta 2005/19/ES z dne 17. februarja 2005 o spremembah Direktive 90/434/EGS o skupnem sistemu obdavčenja za združitve, delitve, prenose sredstev in zamenjave kapitalskih deležev družb iz različnih držav članic (UL L 58, str. 19).

49. Vendar se načelo davčne nevtralnosti iz člena 4(1) Direktive 90/434 enako uporablja za prenosno družbo. Menim, da to izključuje obdavčitev kapitalskih dobičkov prenosne družbe *le* zaradi prenosa sredstev. Nacionalni zakonodajalec torej ohrani diskrecijsko pravico, da odloči, ali prenosno družbo zavezuje načelo kontinuitete med davčno in/ali knjigovodsko vrednostjo prenesenih sredstev ter vrednostjo, pripisano deležem, ki jih je prejela v zameno, ali pa se lahko družba odloči uporabiti druge vrednosti. Italijanski zakonodajalec se je odločil za drugo možnost.

50. Kot sem že navedel, se je družba 3D I odločila, da v svoje knjige vnese deleže, ki jih je prejela v zameno za prenos svoje veje dejavnosti, po višji vrednosti, kot je bila vrednost navedenih sredstev za davčne namene, in izkoristi možnost, ki jo ponuja italijanska zakonodaja, da plača nadomestni davek. Družba 3D I se je tako odločila, ker se ji je zdela možnost, da razliko med (višjo) vrednostjo, ki jo je pripisala deležem, in (nižjo) knjigovodsko vrednostjo veje dejavnosti v bilanci stanja vnese kot rezervna sredstva manj privlačna. Posledica takega ravnanja bi bil obdavčljivi dohodek v primeru razdelitve.

51. Kot sta na obravnavi razložili italijanska vlada in Komisija, s čimer se je strinjala tudi družba 3D I, je obveznost iz tretjega stavka člena 2(2), da se razlika v vrednosti med prenesenimi sredstvi in prejetimi deleži izrazi v izkazih družbe 3D I, preprosta funkcija računovodskih obveznosti, ki nujno izhajajo iz vrednotenja deležev.

52. Poleg tega bi dodal, da obveznost oblikovanja posebnih rezervnih sredstev v stolpcu „Obveznosti“ bilance stanja, kadar pride do prevrednotenja sredstev, ustreza določbi o revalorizacijskih rezervah iz člena 33(2)(a) in (d) Četrte direktive Sveta 78/660. Povedano drugače, računovodska zahteva italijanske zakonodaje, ki jo izpodbija družba 3D I in ki se pojavi v tretjem stavku člena 2(2) zakonske uredbe št. 544/1992, se šteje za skladno z zahtevami Direktive 78/660.

53. Družba 3D I se je torej sama odločila, da deleže ovrednoti na način, opisan zgoraj. Člen 2(2) zakonske uredbe št. 544/1992 ni nalagal nobene obveznosti za vrednotenje deležev na način, ki ga je uporabila družba 3D I. Prav tako nobena od možnosti vrednotenja sama po sebi ni vodila v obdavčitev prenosa sredstev. V skladu z drugim stavkom člena 2(2) zakonske uredbe št. 544/1992 je obdavčitev le posledica realizacije ali razdelitve razlike med davčnimi vrednostmi.

54. Kot je poudarila Komisija, Direktiva 90/434 državi članici prenosne družbe zgolj nalaga zahtevo, da zagotovi možnost davčne nevtralnosti prenosov sredstev. Družba 3D I se je odločila, da ne bo izkoristila programa, združljivega z Direktivo 90/434, ki ga ponuja italijanska zakonodaja. Tako je lahko plačala nadomestni davek, obračunan po 19-odstotni davčni stopnji, in ne 33-odstotni stopnji, ki bi sicer veljala ob realizaciji ali razdelitvi<sup>19</sup> kapitalskega dobička.

55. Tako je, kot je v pisnih stališčih navedla Komisija, dejansko stanje popolnoma drugačno od dejanskega stanja v zadevi A. T., ki se nanaša na zamenjavo deležev. Tam je bil učinek zadevne nemške zakonodaje tak, da je bila prenosnim družbam s sedežem v Nemčiji odvzeta možnost, da dokončajo zamenjavo deležev na davčno nevtralen način. To pa zato, ker je bila prenosna družba v skladu z zadevno nemško zakonodajo upravičena samo do tega, da še naprej uporablja knjigovodsko vrednost prenesenih deležev, če je družba prejemnica v drugi državi članici za prejete deleže prav tako uporabljala knjigovodsko vrednost. V zadevi A. T. (francoska) družba prejemnica deleža ni ovrednotila

19 — Na obravnavi se je razpravljalo o razmerju med konceptom realizacije kapitalskega dobička in konceptom distribucije tega dobička družbenikom. Menim, da Direktiva 90/434 nima namena državam članicam preprečevati, da bi obdavčile prijavljene in neprijavljene rezerve, ki ustrezajo razliki med davčno vrednostjo prenesenih sredstev in dejansko vrednostjo deležev, prejetih v zameno, kadar se ta rezerva tako ali drugače razdeli družbenikom, če je taka razdelitev možna v skladu z veljavnimi določbami zakona o gospodarskih družbah.

po knjigovodski, temveč po njegovi tržni vrednosti. Na podlagi teh dejstev je bila davčna nevtralnost v Nemčiji očitno podvržena „dodatnim pogojem“<sup>20</sup>, povezanim z vzajemnostjo, česar Direktiva 90/434 ni predvidela. Iz zgoraj navedenih razlogov računovodske zahteve, ki jih nalagata italijanska zakonodaja in pravo EU, nikakor niso primerljive z nemško zakonodajo, izpodbijano v zadevi A. T.

56. V obravnavani zadevi družba 3D I ni bila prisiljena, naj se odloči za obdavčitev, ki je bila nezakonita po pravu EU, ali za drugo, manj ugodno ravnanje. Zato menim, da se ta družba za utemeljitev svoje tožbe zoper italijansko državo ne more sklicevati na Direktivo 90/434.<sup>21</sup>

## V – Predlog

57. Zato Sodišču predlagam, naj predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Commissione Tributaria Regionale di Milano, razglasi za nedopusten.

Podredno predlagam, naj Sodišče na vprašanje za predhodno odločanje odgovori tako:

Člena 4 in 9 Direktive Sveta 90/434/EGS z dne 23. julija 1990 o skupnem sistemu obdavčitve za združitve, delitve, prenose sredstev in zamenjave kapitalskih deležev družb iz različnih držav članic ne izključujeta določb nacionalne ureditve, kakršna je italijanska iz člena 2(2) zakonske uredbe št. 544 z dne 30. decembra 1992.

20 — Zgoraj navedena sodba A. T., točka 26.

21 — Tudi če bi bilo v skladu s sodno prakso to mogoče, družba 3D I ne bi mogla zahtevati povračila nezakonito obračunanega davka, temveč bi lahko le vložila odškodninsko tožbo v skladu s sodno prakso Francovich (sodba z dne 9. novembra 1995, C-479/93, Recueil, str. I-3843). Glej sodbo z dne 12. decembra 2006 v zadevi Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, ZOdl., str. I-11753, točka 207).