



## Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA  
MICHALA BOBKA,  
predstavljeni 14. decembra 2017<sup>1</sup>

**Zadeva C-382/16**

**Hornbach-Baumarkt AG  
proti  
Finanzamt Landau**

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe,  
ki ga je vložilo Finanzgericht Rheinland-Pfalz (finančno sodišče v Porenju - Pfalški) (Nemčija))

„Predhodno odločanje – Svoboda ustanavljanja – Neposredno obdavčenje – Uporaba transference cen  
v zvezi s transakcijami med družbami rezidentkami in družbami nerezidentkami“

### I. Uvod

1. Družba Hornbach-Baumarkt AG (v nadaljevanju: Hornbach) je bankam in upnikom izdala patronatske izjave, s katerimi se je zavezala, da bodo obveznosti nekaterih njenih tujih hčerinskih družb poravnane. Od hčerinskih družb zanje ni prejela plačila. Finanzamt Landau (davčni urad v Landauu, Nemčija; v nadaljevanju: davčni urad) je po odmeri davka menil, da patronatske izjave niso bile izdane pod običajnimi tržnimi pogoji. Zato je družbi Hornbach zvišal davek od dohodkov iz dejavnosti. To je naredil, da bi upošteval fiktivno nadomestilo, ki bi ga po njegovem mnenju nepovezana tretja oseba običajno plačala družbi Hornbach za patronatske izjave.

2. Družba Hornbach je pri predložitvenem sodišču vložila tožbo, s katero izpodbija odločbo davčnega urada o odmeri davka. Trdi, da je nemška zakonodaja, ki določa popravek obdavčitve transakcij med povezanimi družbami, da bi se upoštevali običajni tržni pogoji, v nasprotju z določbami Pogodbe EU o svobodi ustanavljanja. Z zadevnim pravilom je zlasti določen le popravek obdavčitve v primeru tujih povezanih družb. Poleg tega to pravilo davčnim zavezancem ne omogoča utemeljitve, zakaj transakcije niso bile opravljene pod običajnimi tržnimi pogoji.

3. V tem okviru Finanzgericht Rheinland-Pfalz (finančno sodišče v Porenju - Pfalški, Nemčija) sprašuje, ali je upoštevno pravilo na podlagi nemškega prava združljivo z določbami Pogodbe EU o svobodi ustanavljanja.

### II. Pravni okvir

4. Če se – kot trdi predložitveno sodišče – dohodki davčnega zavezanca iz poslovnih odnosov z osebo, ki je z njim povezana, zmanjšajo s tem, da v okviru takih poslovnih odnosov s tujino pristane na pogoje, ki odstopajo od tistih, ki bi jih med seboj sklenile neodvisne tretje osebe v enakih ali podobnih okoliščinah, se uporablja člen 1(1) Außensteuergesetz (zakon o obdavčenju pri odnosih s tujino), kakor

<sup>1</sup> Jezik izvirnika: angleščina.

je bil spremenjen z Gesetz zum Abbau von Steuervergünstigungen und Ausnahmeregelungen (zakon o krčenju davčnih olajšav in izjem) z dne 16. maja 2003 (BGBl. I, 2003, str. 660; v nadaljevanju: AStG). V skladu z navedeno določbo je treba navedeni dohodek prijaviti, kot da je bil ustvarjen pod pogoji, o katerih so se dogovorile nepovezane tretje osebe.

5. Stranka je z davčnim zavezancem med drugim povezana, če ima davčni zavezanec v njej vsaj 25-odstotni neposredni ali posredni delež.

### III. Dejansko stanje, postopek in predloženo vprašanje

6. Hornbach AG (v nadaljevanju: tožeča stranka) je delniška družba s sedežem v Nemčiji. Njena poslovna dejavnost so trgovine za domače mojstre („naredi sam“) doma in v tujini.

7. Tožeča stranka je imela v spornem letu 2003 deleže v več družbah v tujini, in sicer v državah članicah Evropske unije ter v tretjih državah, za katere je upnikom in bankam izdala patronatske izjave, ne da bi za to zahtevala plačilo. Prek – med drugim – hčerinske družbe Hornbach International GmbH in, posledično, njene hčerinske družbe Hornbach Holding BV je imela posredno v lasti stoddstotni delež v družbah Hornbach Real Estate Groningen BV in Hornbach Real Estate Wateringen BV (v nadaljevanju: tuji družbi skupine), ki imata obe sedež na Nizozemskem.

8. Tožeča stranka je 25. septembra 2002 banki, ki je zagotavljala financiranje tujima družbama skupine, neodplačno predložila patronatske izjave. Razlog za to je bil, da sta imeli tuji družbi skupine negativni lastni kapital in sta bili za nadaljevanje poslovanja ter načrtovane gradnje trgovine z gradbenim in vrtnim materialom odvisni od bančnega posojila v višini 10.057.000 EUR (družba Hornbach Real Estate Groningen BV) oziroma 14.800.000 EUR (družba Hornbach Real Estate Wateringen BV). Banka financiranja je za odobritev posojil določila pogoji, da tožeča stranka predloži patronatski izjavi.

9. V patronatskih izjavah z dne 25. septembra 2002 se je tožeča stranka banki financiranja zavezala, da ne bo odprodala ali spremenila deleža v družbi Hornbach Holding BV in da bo zagotovila, da ne bo niti družba Hornbach Holding BV odprodala ali spremenila deleža v tujih družbah skupine, ne da bi banko o tem pisno obvestila vsaj tri tedne pred tako odpovedjo ali spremembo. Tožeča stranka se je poleg tega nepreklicno in brezpogojno zavezala, da bo tuji družbi skupine financirala tako, da bosta lahko izpolnili vse svoje obveznosti. V skladu s tem bi morala tujima družbama skupine po potrebi zagotoviti potrebna finančna sredstva, da bi lahko izpolnili svoje obveznosti do banke. Poleg tega naj bi zagotovila, da se bodo taka finančna sredstva uporabila za poravnanje morebitnih obveznosti do banke.

10. Ko je davčni urad (v nadaljevanju: tožena stranka) začel pripravljati odločbo o odmeri davka za tožečo stranko, je menil, da pogoji, dogovorjeni med njo in tujima družbama skupine, niso taki kot pogoji, o katerih bi se v enakih ali podobnih okoliščinah dogovorile nepovezane tretje osebe. Nepovezani poslovni partnerji bi se zaradi povezanega tveganja zavarovanja odgovornosti dogovorili o nadomestilu za dajalca patronatske izjave. Ker se tožeča stranka s tujima družbama skupine ni dogovorila o nadomestilu v zameno za predložitev patronatskih izjav, je bil njen dohodek iz poslovnih odnosov s strankama zmanjšan.

11. Zato je davčni urad med drugim popravil dohodek za 15.253 EUR in 22.447 EUR, da bi se upošteval fiktivni dohodek, ki bi ga tožeča stranka prejela, če bi upoštevni transakciji opravila pod običajnimi tržnimi pogoji. Tožeča stranka je vložila ugovora v zvezi s posledično izdanima odločbama o odmeri davka od dohodkov iz dejavnosti za leto 2003 in osnovo za izračun davka od dohodkov iz dejavnosti v letu 2003. Davčni urad je ta ugovora tožeče stranke zavrnil kot neutemeljena. Tožbo, s katero se navedena odločba izpodbija, zdaj obravnava predložitveno sodišče.

12. Tožeča stranka v tožbi trdi, da je tožena stranka nedopustno povečala njen obdavčljivi dohodek za znesek (fiktivnega) nadomestila za jamstvo na način, ki je v nasprotju s pravom Unije. Člen 1 AStG po njenem mnenju povzroča neenako obravnavanje primerov, ki vključujejo domače in tuje transakcije, saj v primeru, ki vključuje zgolj domače transakcije, ne bi prišlo do fiktivnega povečanja dohodka, medtem ko se odobritev jamstev tujim hčerinskim družbam „kaznuje“.

13. Tožeča stranka se v podporo svojemu stališču sklicuje zlasti na sodbo Sodišča v zadevi SGI.<sup>2</sup> Navedeno sodbo razlaga tako, da je omejitev svobode ustanavljanja s pravilom o popravku dobička, kadar se ugodnosti odobrijo povezanim družbam s sedežem zunaj zadevne države članice, sorazmerna, le če se davčnemu zavezancu omogoči, da predloži dokaze v zvezi s poslovnimi razlogi za transakcije, ki morda niso v skladu z načelom običajnih tržnih pogojev. Člen 1 AStG ne vsebuje izrecne določbe o možnosti predložitve poslovnih razlogov za pojasnitev transakcije, ki ni opravljena pod običajnimi tržnimi pogoji. Tožeča stranka zato meni, da je v nasprotju z načelom sorazmernosti. Neodplačna izdaja spornih patronatskih izjav ni bila izvedena iz davčnih razlogov. Nasprotno, nanašala se je na podporne ukrepe za nadomestitev lastniškega kapitala. Z vidika prava Unije se zato nadomestilo za jamstvo ne bi smelo prišteti, saj so obstajali poslovni razlogi za zagotovitev neodplačnega zavarovanja posojil.

14. Tožena stranka v svojo obrambo v bistvu trdi, da je Sodišče v sodbi SGI, ki se je nanašala na belgijsko davčno določbo, podobno členu 1 AStG, odločilo, da člena 43 in 48 PES načeloma ne nasprotujeta takim pravnim določbam države članice. Priznava, da člen 1 AStG ne vsebuje ločene določbe o predložitvi dokazov v zvezi s poslovnimi razlogi. Vendar meni, da ima davčni zavezanec vedno možnost, da predloži dokaze o primernosti. Če obstajajo poslovni razlogi, ki upravičujejo odstopanje od tistega, kar bi bilo sicer primerno, bi jih bilo mogoče upoštevati tudi v okviru člena 1 AStG. Poleg tega nemško pravo davčnemu zavezancu tudi omogoča, da odločbo o odmeri davka izpodbija v izvensodnem postopku ali postopku pred sodiščem.

15. Glede na navedeno je Finanzgericht Rheinland-Pfalz (finančno sodišče v Porenju - Pfalški) Sodišču predložilo to vprašanje:

„Ali člen 49 Pogodbe o delovanju Evropske unije (PDEU) v povezavi s členom 54 PDEU (prej: člen 43 Pogodbe o ustanovitvi Evropske skupnosti (PES) v povezavi s členom 48 ES) nasprotuje zakonodaji države članice, v skladu s katero se dohodki davčnega zavezanca rezidenta iz poslovnih odnosov z družbo s sedežem v drugi državi članici, v kateri ima vsaj četrtinski neposredni ali posredni delež in s katero se je dogovoril o pogojih, ki odstopajo od tistih, ki bi jih sklenile med seboj neodvisne tretje osebe v enakih ali podobnih okoliščinah, določijo tako, kakor bi se določili v okviru pogojev, sklenjenih med neodvisnimi tretjimi osebami, če do take izravnave ne pride v zvezi z dohodki iz poslovnih odnosov z družbo rezidentko in zakonodaja davčnemu zavezancu rezidentu ne omogoča predložitve dokaza, da so bili pogoji sklenjeni iz poslovnih razlogov, ki izhajajo iz njegovega položaja družbenika v družbi s sedežem v drugi državi članici?“

16. Pisna stališča so predložile tožeča stranka, nemška in švedska vlada ter Evropska komisija. Zainteresirane stranke, ki so sodelovale v pisnem delu postopka, so na obravnavi 27. septembra 2017 predstavile tudi ustna stališča.

<sup>2</sup> Sodba z dne 21. januarja 2010 (C-311/08, EU:C:2010:26).

## IV. Presoja

17. Ali lahko država članica družbam prepreči, da preusmerijo dobičke iz njene jurisdikcije, z zahtevo, da je treba dohodek prijaviti na podlagi „običajnih tržnih pogojev“? Ali lahko tako zahtevo naloži le v zvezi s čezmejnimi transakcijami – z domačimi pa ne (to je med dvema družbama rezidentkama) – ne da bi ravnala v nasprotju s pravili Pogodbe o svobodi ustanavljanja?<sup>3</sup> To je v bistvu vprašanje, ki ga je v tej zadevi postavilo predložitveno sodišče.

18. Moj kratki odgovor v tem primeru je v zvezi z obema točkama „da“. Menim namreč, da zadevna nacionalna pravila svobode ustanavljanje ne omejujejo. V kolikor pa jo omejujejo, jo to po mojem mnenju upravičeno.

19. V delu A bom najprej navedel nekaj splošnih ugotovitev o teritorialnosti obdavčitve in pristopu, ki ga je Sodišče sprejelo v zvezi z uporabo določb Pogodbe o svobodi ustanavljanja. V delu B bom spomnil na glavne točke sodbe Sodišča v zadevi SGI, ključnem precedensu v tej zadevi, nato pa odgovoril na vprašanje predložitvenega sodišča.<sup>4</sup>

### A. O teritorialnosti, razlikovanju, omejitvah in primerljivosti

#### 1. Teritorialnost, preusmerjanje dobička in erozija davčne osnove

20. Načelo teritorialnosti davčnih pristojnosti držav je mednarodno dobro priznано, med drugim v sodni praksi Sodišča.<sup>5</sup> V skladu z navedenim načelom lahko države članice družbam rezidentkam obdavčijo dobiček po vsem svetu (obdavčitev na podlagi rezidentstva), družbam nerezidentkam pa dobiček iz njihovih dejavnosti v navedeni državi (obdavčitev na podlagi vira).

21. Ena od posledic načela teritorialnosti je, da družbe ne morejo po mili volji preusmerjati dobička in izgub med davčnimi jurisdikcijami. To je bilo v sodni praksi Sodišča večkrat potrjeno, zlasti z uporabo pojma „uravnovežena porazdelitev davčnih pristojnosti“.<sup>6</sup> Sodišče je z uporabo zadnjenevedenega pojma potrdilo, da če bi morala država članica sprejeti prosti prenos dobička družb rezidentk iz svoje jurisdikcije, „bi se bila [...] prisiljena odpovedati pravici obdavčitve – in sicer kot država rezidentstva družbe – njenih dohodkov, če je treba, v korist države članice, v kateri ima matična družba, ki je deležna ugodnosti, sedež“.<sup>7</sup>

22. Iz te ugotovitve seveda izhajajo, da lahko države članice legitimno sprejmejo ukrepe, oblikovane za preprečevanje erozije svoje davčne osnove zaradi preusmerjanja dobička iz jurisdikcije. Sprejmejo lahko ukrepe za zagotovitev, da je dobiček pravilno razporejen.<sup>8</sup>

3 Sporna nacionalna pravila se nanašajo na od 25- do stodontne deleže, ki očitno vključujejo primere „odločilnega vpliva“ (glej na primer sodbo z dne 13. novembra 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-35/11, EU:C:2012:707)). Poleg tega ima v obravnavani zadevi tožeča stranka stodontni delež v tujih družbah skupine. Vprašanje predložitvenega sodišča se nanaša le na svobodo ustanavljanja. Zato – in ne da bi se v tej zadevi izključila morebitna uporaba pravil o prostem pretoku kapitala – bodo nacionalna pravila v teh sklepnih predlogih analizirana le glede na določbe Pogodbe o svobodi ustanavljanja. Kar zadeva svobodo ustanavljanja, se vprašanje predložitvenega sodišča nanaša na člena 43 in 48 ES ter člena 49 in 54 PDEU. Dejansko stanje v obravnavani zadevi se nanaša na leto 2003. Zato sta upoštevnih določbi Pogodbe o svobodi ustanavljanja – strogo gledano – člena 43 in 48 ES, čeprav v tem primeru ni bistvene razlike.

4 Sodba z dne 21. januarja 2010 (C-311/08, EU:C:2010:26).

5 Sodbi z dne 15. maja 1997, *Futura Participations in Singer* (C-250/95, EU:C:1997:239, točka 22), in z dne 13. decembra 2005, *Marks & Spencer* (C-446/03, EU:C:2005:763, točka 39).

6 Sodbe z dne 13. decembra 2005, *Marks & Spencer* (C-446/03, EU:C:2005:763, točka 46); z dne 29. novembra 2011, *National Grid Indus* (C-371/10, EU:C:2011:785, točka 45), in z dne 6. septembra 2012, *Philips Electronics UK* (C-18/11, EU:C:2012:532, točka 23).

7 Sodba z dne 21. januarja 2010, *SGI* (C-311/08, EU:C:2010:26, točka 63).

8 V zvezi s tem je organizacija OECD ključni forum za razpravo o pravilih o transernih cenah ter eroziji davčne osnove in preusmerjanju dobička ter za razvoj teh pravil. Glej <http://www.oecd.org/tax/beps/in> <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/>.

23. Do erozije davčne osnove neke države lahko na primer pride, kadar družbe rezidentke družbam nerezidentkam zagotavljajo blago ali storitve pod ceno ali brezplačno, s čimer zmanjšujejo svoj obdavčljivi dohodek v državi rezidentstva. Zadevna država članica se lahko na to odzove s prilagoditvijo davčne osnove družbe rezidentke, da bi se upošteval položaj, kakršen bi bil, če bi se transakcija izvedla pod običajnimi tržnimi pogoji (uporaba „transfernih cen“). Načelo običajnih tržnih pogojev je mednarodni standard iz člena 9 vzorčnih davčnih konvencij organizacije OECD in Združenih narodov, ki ga uporablja večina davčnih uprav po svetu.<sup>9</sup>

24. V pojasnilo, transferne cene, določene na podlagi načela običajnih tržnih pogojev, se lahko uporabljajo ne le za prilagoditev davčne osnove družbe v primeru umetnih ali nepoštenih pogojev, ki jih je družba namerno oblikovala, da bi se izognila davku. Na splošno in legitimno se uporabljajo tudi kot orodje za zagotavljanje dosledne podlage za razporejanje dobička (in preprečevanje dvojnega obdavčevanja). Menim, da je v obravnavani zadevi pomembno opozoriti na to; kot namreč razumem, se tožeči stranki ne očita izogibanje davkom ali davčna zloraba.

25. Pri transakcijah med povezanima družbama, *rezidentkama iste države*, ki niso opravljene pod običajnimi tržnimi pogoji, se ne pojavijo pomisleki glede erozije davčne osnove, v čezmejnih primerih pa se. V takih primerih se dobiček ne „izogne“ davčni pristojnosti zadevne države, da bi bil preusmerjen v tujino. Le preusmerjen je v okviru iste davčne jurisdikcije in ga je mogoče obdavčiti drugje – davek bo naložen drugemu davčnemu zavezancu, še vedno pa v isti jurisdikciji. V primerih v zvezi z izključno domačimi transakcijami uporaba transfernih cen zato ni nujna (ali vsaj načeloma ne bi služila istim ciljem).<sup>10</sup>

26. Nemška vlada v postopku v glavni stvari trdi, da iz navedenih razlogov upoštevana pravila o transfernih cenah uporablja samo za čezmejne primere. Razlika med domačimi in čezmejnimi transakcijami ter omejitve uporabe pravil o transfernih cenah na zadnjenavedene transakcije sta zato v središču vprašanja, ki ga je postavilo nacionalno sodišče.

27. Zaradi navedene razlike se nato postavljajo vprašanja o primerljivosti čezmejnih in domačih primerov, vlogi primerljivosti pri uporabi pravil o svobodi ustanavljanja in, širše, načinu uporabe zadevnih pravil na področju neposrednega obdavčenja. Navedenim vprašanjem se bom posvetil zdaj.

## 2. Dva pristopa in mešanica

28. V sodni praksi Sodišča obstajata dva različna pristopa k analiziranju primerov domnevnih kršitev svobode ustanavljanja na področju neposrednega obdavčenja: pristop na podlagi razlikovanja in pristop na podlagi omejitve. V strokovni literaturi je splošno priznано, da je Sodišče skozi leta nihalo med njima.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Glej na primer OECD (2012) „Dealing effectively with challenges of transfer pricing“, str. 14, na voljo na spletnem naslovu <http://www.oecd.org/publications/dealing-effectively-with-the-challenges-of-transfer-pricing-9789264169463-en.htm>.

<sup>10</sup> Glej na primer Farmer, P., „Direct Taxation and the Fundamental Freedoms“, *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, str. 812: „Taka pravila so na splošno omejena na čezmejne primere, saj bi bila v domačih primerih nepotrebna.“

<sup>11</sup> Glej na primer Barnard, C., „The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms“, 5. izdaja, Oxford University Press, Oxford, 2016, str. 399 in naslednje; Kingston, S., „The Boundaries of Sovereignty: The ECJ’s controversial role applying internal market law to direct tax measures“, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, zv. 9, 2006.

### **a) Pristop na podlagi razlikovanja**

29. Da bi se v zvezi z nacionalnim ukrepom v okviru *pristopa na podlagi razlikovanja* ugotovilo, da je v nasprotju s svobodo ustanavljanja, se morajo primerljivi položaji obravnavati različno, in sicer v škodo družb, ki uresničujejo svobodo ustanavljanja. Tako morata biti na primer položaja – po eni strani – matične družbe rezidentke s tujo hčerinsko družbo in – po drugi strani – matične družbe rezidentke s hčerinsko družbo rezidentko *primerljiva*, pri čemer morajo biti prvonavedene *obravnavane slabše*.

30. Primerjava v primerih nacionalnih in večnacionalnih skupin ter neposrednega obdavčenja ni preprosta. Zapleta jo predvsem dejstvo, da je vključenih več pravnih oseb. Posledica je lahko drugačen poudarek pri primerjavi.

31. Tako se lahko na primer pravna analiza začne s primerjavo *matičnih družb*, pri čemer se ugotovi, da so za namene *obdavčitve dobička* obravnavane *enako*, nadaljuje pa s primerjavo *hčerinskih družb* (rezident in nerezidentk) in ugotovijo, da se za namene neke *ugodnosti* (kot je pravica do zmanjšanja obračunanega davka) obravnavajo *različno*.<sup>12</sup> Podobno se lahko primerjave začnejo na ravni *hčerinskih družb* družb rezidentk in nerezidentk, končajo pa s primerjavo nacionalnih in večnacionalnih *skupin*.<sup>13</sup>

32. Iz zadnjenavedene točke bom izpeljal pomemben sklep. Kadar se obravnavata vprašani obdavčitve skupin in svobode ustanavljanja, se pravni subjekti ne primerjajo v popolni izolaciji. Ne primerjajo se ob popolnem neupoštevanju okoliščin in obravnavanja povezanih subjektov. Okoliščine in obravnavanje navedenih povezanih subjektov je, nasprotno, treba upoštevati in vključiti v pravno analizo.

33. Navedena ugotovitev je v obravnavani zadevi ključna. Dejansko se vse stranke strinjajo, da obstaja različno obravnavanje *na ravni posameznega pravnega subjekta*. Vendar je eden od ključnih argumentov nemške vlade ta, da pri čezmejnih transakcijah ni slabšega položaja *na ravni skupine* – argument „ničelne vsote“, h kateremu se bom vrnil v nadaljevanju.

### **b) Pristop na podlagi omejitve**

34. V primerjavi s pristopom na podlagi razlikovanja je pristop na podlagi omejitve veliko širši. V skladu s tradicionalno formulo zajema vsa pravila, „ki bi lahko neposredno ali posredno, dejansko ali potencialno ovirala trgovino znotraj Skupnosti“.<sup>14</sup> Navedena formula se je z leti razvila. Na podlagi njene novejše ubeseditve se običajno razume, da so omejitve vsi nacionalni ukrepi, „ki lahko ovirajo ali zmanjšujejo privlačnost uresničevanja temeljnih svoboščin, zagotovljenih s Pogodbo“.<sup>15</sup> Vendar je jasno, da je treba v okviru *pristopa na podlagi omejitve* utemeljiti tudi nediskriminatorne omejitve.<sup>16</sup>

12 Sodba z dne 28. januarja 1986, Komisija/Francija (C-270/83, EU:C:1986:37, točki 20 in 27).

13 Tako je na primer Sodišče v sodbi Thin Cap navedlo, da „lahko [...] različno obravnavanje, ki so ga v okviru take zakonodaje, kot se obravnava v postopku v glavni stvari, deležne odvisne družbe matičnih družb nerezidentk v primerjavi z odvisnimi družbami matičnih družb rezidentk, omeji svobodo ustanavljanja, tudi če na davčnem področju položaj čezmejne skupine družb ni primerljiv s položajem skupine družb, ki so vse rezidentke iste države članice“. Sodba z dne 13. marca 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, točka 59). Glej tudi točko 42 spodaj.

14 Sodba z dne 11. julija 1974, Dassonville (C-8/74, EU:C:1974:82, točka 5).

15 Sodba z dne 30. novembra 1995, Gebhard (C-55/94, EU:C:1995:411, točka 37). Glej tudi sodbo z dne 21. januarja 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, točka 56).

16 Sodba z dne 15. maja 1997, Futura Participations in Singer (C-250/95, EU:C:1997:239).

35. Tako je na primer Sodišče v sodbi SGI menilo, da se z določbami o svobodi ustanavljanja „želi [...] zagotoviti, da so tuji državljani in družbe v državi članici gostiteljici obravnavani enako kot državljani in družbe iz te države, pa te določbe *prav tako* nasprotujejo temu, da bi matična država članica ovirala svojega državljan ali družbo, ustanovljeno v skladu z njeno zakonodajo, pri ustanavljanju v drugi državi članici“ (moj poudarek).<sup>17</sup>

36. S pristopom na podlagi omejitve se je zato vsaj teoretično mogoče izogniti potrebi po primerjavi ali ugotavljanju razmeroma neugodnega obravnavanja.

37. Glavni izziv za uporabo pristopa na podlagi omejitve pri neposredni obdavčitvi je, da države članice ohranijo neodvisnost na navedenem področju. Še naprej lahko določajo davčno osnovo in stopnje, ki se uporabljajo. Soobstoj tako opredeljenih in urejenih nacionalnih sistemov seveda pripelje do „omejitev“ pri svobodi ustanavljanja.<sup>18</sup>

38. Če se to ponazori s skrajnim primerom, družba rezidentka države članice A, ki uporablja 10-odstotno stopnjo davka od dohodkov pravnih oseb, bi lahko bila odvrnjena od ustanovitve hčerinske družbe v državi članici B, ki uporablja 20-odstotno stopnjo. Če bi se pristop na podlagi omejitve smiselno izvajal, bi taka razlika v davčni stopnji že pomenila omejitev svobode ustanavljanja, država članica B pa bi morala utemeljiti višjo davčno stopnjo.

### c) Mešanje pristopov

39. Vsaj deloma zaradi težav z uporabo pristopa „izključno“ na podlagi omejitve pri pravilih o neposrednem obdavčenju je bil navedeni pristop omiljen z odmerkom razlikovanja. Rezultat je včasih čudna mešanica.

40. Tako je na primer Sodišče večkrat ugotovilo, da je *omejitev* prostega gibanja „dopustna, samo če se nanaša na položaje, ki niso objektivno primerljivi med seboj, *ali* če je upravičena z nujnimi razlogi v splošnem interesu“ (moj poudarek).<sup>19</sup> V takih primerih se uporablja besednjak omejitve, pristop pa je v bistvu pristop na podlagi razlikovanja: če primerjave ni, se je mogoče *izogniti potrebi po upoštevanju utemeljitev*.

41. Druga možnost je, da je ugotovljeno različno obravnavanje, vendar se analiza primerljivosti ne izvede. Na podlagi tega se ugotovi „omejitev“. Pri takem pristopu je lahko nejasno, ali presoja temelji na razlikovanju ali omejitvi (kot na primer v sodbi SGI,<sup>20</sup> ki jo podrobneje obravnavam v nadaljevanju).

42. Ob drugih priložnostih pa je izrecno priznan *neobstoj primerljivosti*, hkrati pa je uporabljeno sklicevanje na *različno obravnavanje*, kot v sodbi Thin Cap, navedeni zgoraj.<sup>21</sup>

43. Tak pristop pomeni, da razlikovanje ni nujen pravni pogoj za ugotovitev kršitve svobode ustanavljanja, da pa je vseeno nekako pomembno, da se zadevna položaja obravnavata različno.

<sup>17</sup> Sodba z dne 21. januarja 2010 (C-311/08, EU:C:2010:26, točka 39 in navedena sodna praksa).

<sup>18</sup> Farmer, P., in Lyal, R., *EC Tax Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994, na str. 28.: „Če bi se pristop, usmerjen na omejitev in ne na razlikovanje, izpeljal do logičnega zaključka, bi vse določbe o obračunavanju davka iz nacionalne davčne zakonodaje spadale na področje uporabe členov Pogodbe o svoboščinah.“

<sup>19</sup> Sodba z dne 17. decembra 2015, Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829, točka 26).

<sup>20</sup> Sodba z dne 21. januarja 2010 (C-311/08, EU:C:2010:26).

<sup>21</sup> Glej navedek v opombi 13 zgoraj.

44. Skratka, če se pri neposrednem obdavčenju na področju svobode ustanavljanja uporabljata pristop na podlagi razlikovanja in pristop na podlagi omejitve, se pojavijo posebne težave. Kar zadeva pristop na podlagi razlikovanja, ta sproža polemike o vprašanju primerljivosti in zlasti o tem, katere subjekte je treba primerjati in v kateri fazi. Pri pristopu na podlagi omejitve so težave še toliko večje: zlasti če bi se ta pristop do logičnega zaključka izpeljal v celoti, bi lahko vsaka razlika v neposrednem obdavčenju pomenila omejitev svobode ustanavljanja. Države članice bi po definiciji morale vedno utemeljevati svojo davčno politiko. Navedene težave izhajajo zlasti iz načela teritorialnosti, kot ga je potrdilo Sodišče, in, splošneje, iz stopnje neodvisnosti, ki jo države članice uživajo na navedenem področju. Kot bo ponazorjeno v nadaljevanju, se navedene težave pojavljajo tudi v obravnavani zadevi.

## B. Vprašanje predložitvenega sodišča

### 1. Sodba SGI

45. Predložitvena odločba vsebuje sklicevanje na sodbo SGI<sup>22</sup>, saj so se na njo v pisnih in ustnih stališčih sklicevale tudi vse stranke. Zato bom najprej spomnil na dejstva in glavne ugotovitve navedene sodbe.

46. Družba SGI je imela sedež v Belgiji. Družbi Recydem, ki je spadala v isto skupino, je odobrila brezobrestno posojilo. Družbi SGI je bila vročena popravljena odločba o odmeri davka, v kateri je bila davčna osnova povišana zaradi upoštevanja fiktivne 5-odstotne obrestne mere za posojilo družbi Recydem. Podlaga za navedeno prilagoditev je bila člen 26 Code des impôts sur le revenu (zakonik o davku od dohodkov). Z navedeno določbo je bilo dovoljeno, da se vrednost izjemnih ali neodplačnih ugodnosti za davčne namene prišteje nazaj k dobičku družbe, ki je te ugodnosti odobrila, „razen če se davčne ugodnosti upoštevajo pri ugotavljanju obdavčljivih dohodkov prejemnika“. Z njo je bilo tudi določeno, da se zadevna ugodnost v več primerih prišteje nazaj k dobičku družbe, ki je te ugodnosti odobrila, med drugim, če je družba prejemnica povezana<sup>23</sup> tuja družba.

47. Sodišče je menilo, da so družbe s sedežem v Belgiji, ki povezanim tujim družbam odobrijo izjemne ali neodplačne ugodnosti, v slabšem položaju v primerjavi z družbami, ki odobrijo ugodnosti povezanim družbam, ki imajo sedež prav tako v Belgiji. Navedeni položaj bi belgijske družbe lahko odvrnil „od pridobitve, ustanovitve ali ohranitve hčerinske družbe v drugi državi članici ali od pridobitve ali ohranitve bistvenega deleža v družbi s sedežem v drugi državi članici, in sicer zaradi davčnega bremena, ki je v čezmejnih razmerjih naloženo zaradi odobritve ugodnosti, določenih z zakonodajo iz postopka v glavni stvari“.<sup>24</sup> Poleg tega bi lahko družbe odvrnil od pridobitve, ustanovitve ali ohranitve bistvenega deleža v Belgiji zaradi davčnega bremena, ki je v zadevni državi naloženo na odobritev ugodnosti. To je pomenilo omejitev svobode ustanavljanja.

48. Vendar bi omejitev lahko bila utemeljena na podlagi legitimnega cilja ohranitve uravnotežene porazdelitve davčnih pristojnosti. Sodišče se je v zvezi z legitimnimi cilji sklicevalo tudi na preprečevanje davčnega izogibanja. Ker navedena utemeljitev v obravnavani zadevi ni bila podana, je tukaj ne bom podrobno obravnaval.

22 Sodba z dne 21. januarja 2010 (C-311/08, EU:C:2010:26).

23 V navedenem okviru in pomeni družbo s skupnimi interesi ali v razmerju odvisnosti.

24 Sodba z dne 21. januarja 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, točka 44).



49. Družbe ne morejo po mili volji preusmerjati dobička in izgub med državami članicami, da bi si čim bolj zmanjšale davčno breme. Če bi se družbam rezidentkam dovolilo, da odobrijo izjemne ali neodplačne ugodnosti povezanim tujim družbam, bi to lahko dejansko ogrozilo uravnoteženo porazdelitev davčnih pristojnosti, saj bi se državo članico družbe, ki je te ugodnosti odobrila, prisililo, da bi se odpovedala pravici do obdavčitve dohodka družbe rezidentke.<sup>25</sup>

50. Sodišče je tudi ugotovilo, da je bil ukrep – ob upoštevanju končne presoje nacionalnega sodišča – sorazmeren, če so bili v korektivnih davčnih ukrepih upoštevani običajni tržni pogoji in je imel davčni zavezanec možnost, da predloži poslovne utemeljitve za pogoje, v zvezi s katerimi se prvotno ni zdelo, da so običajni tržni pogoji.

## **2. Obravnavana zadeva: omejitev svobode ustanavljanja?**

51. Tožeča stranka je v obravnavani zadevi brezplačno izdala patronatske izjave, ki je vključevala jamstvo v korist njenih tujih družb skupine. Tako jima je odobrila ugodnost pod pogoji, ki niso bili običajni tržni pogoji.

52. V skladu s členom 1(1) AStG je bila davčna osnova tožeče stranke popravljena navzgor, da bi se upošteval obdavčljivi dobiček, kakršen bi bil, če bi bile transakcije izvedene pod običajnimi tržnimi pogoji.

53. Ni sporno, da se take prilagoditve v skladu z nemškim pravom izvedejo, le če ima družba prejemnica sedež v drugi državi članici. Nasprotno se davčna osnova družbe s sedežem v Nemčiji ne prilagodi, če ta družba odobri ugodnost povezani družbi, ki ima prav tako sedež v Nemčiji.

54. Če bi se uporabilo razlogovanje Sodišča iz sodbe SGI,<sup>26</sup> bi iz tega sledilo, da bi bil davčni položaj družbe rezidentke v Nemčiji, ki podobno kot tožeča stranka povezani družbi s sedežem v drugi državi članici odobri ugodne pogoje, ki niso običajni tržni pogoji, manj ugoden od položaja, v katerem bi bila, če bi tako ugodnost odobrila povezani družbi rezidentki v Nemčiji.

55. Vendar menim, da bi bil tak prenos rešitve iz sodbe SGI napačen iz dveh razlogov: (a) v obravnavani zadevi razlikovanje ne obstaja, ker ni primerljivosti in neugodnega obravnavanja, (b) poleg tega v njej ni mogoče uporabljati pristopa na podlagi omejitve. V nadaljevanju bom obravnaval vsak razlog posebej.

### **a) Neobstoj razlikovanja**

#### **1) Neprimerljivost**

56. Pomembna razlika med obravnavano zadevo in zadevo SGI je, da se v zadevi SGI očitno ni razpravljalo o vprašanju primerljivosti položajev. V sodbi SGI je bilo različno obravnavanje priznано, ni pa bila izvedena presoja primerljivosti. V obravnavani zadevi pa Nemčija izrecno trdi, da primerljivosti ni in da bi Sodišče zato moralo ta vidik obravnavati neposredno.

57. V skladu z ustaljeno sodno prakso je treba primerljivost čezmejnega položaja z nacionalnim položajem preučiti ob upoštevanju *cilja* zadevnih nacionalnih določb.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> Sodba z dne 21. januarja 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, točka 63, glej celotno navedbo v točki 47 zgoraj).

<sup>26</sup> Sodba z dne 21. januarja 2010 (C-311/08, EU:C:2010:26, točka 43).

<sup>27</sup> Glej na primer sodbi z dne 18. julija 2007, Oy AA (C-231/05, EU:C:2007:439, točka 38), in z dne 25. februarja 2010, X Holding (C-337/08, EU:C:2010:89, točka 22).

58. V obravnavani zadevi na podlagi pisnih stališč nemške vlade razumem, da je namen upoštevni določb nacionalnega prava zagotoviti, da se dobiček, ustvarjen v Nemčiji, s transakcijami, ki se ne izvedejo pod običajnimi tržnimi pogoji, ne prenese iz davčne jurisdikcije Nemčije, ne da bi bil obdavčen.

59. Na navedeni podlagi se zdi, da obstajajo močni argumenti v prid trditve, da v obravnavani zadevi čezmejni in nacionalni položaj dejansko nista primerljiva. V čezmejnem položaju bi neprilagodite davčne osnove za upoštevanje običajnih tržnih pogojev pomenila, da se mora Nemčija odpovedati pravici, ki jo ima kot država rezidentstva zadevne družbe, da obdavči njen celotni dohodek. To je v nasprotju z nacionalnim položajem, v katerem prihodki ostanejo v isti jurisdikciji.

60. Argument je torej v bistvu ta, da za poseben namen zagotavljanja, da davek ne pobegne iz jurisdikcije države članice, tuje in nacionalne hčerinske družbe niso primerljive. Zadevna zakonodaja je bila sprejeta posebej zato, ker se šteje, da te družbe niso enake. Zaradi načela teritorialnosti in nezmožnosti izvrševanja pristojnosti obdavčitve nad tujimi hčerinskimi družbami sta zadevna položaja objektivno različna. Neenakost ne nastopi le takrat, kadar se enaki položaji obravnavajo različno, temveč tudi takrat, kadar se objektivno različni položaji obravnavajo enako.<sup>28</sup>

61. V zvezi s tem je treba poudariti dvoje. Prvič, ta argument zelo jasno kaže – na splošno, vendar tudi in morda celo bolj v posebnem okviru te zadeve – kako tesno povezani sta dejansko presoji primerljivosti in utemeljenosti. Čeprav sta predstavljeni kot ločena koraka preskusa, se pri praktičnem izvajanju ugotavljanja primerljivosti lahko upošteva namen nacionalne zakonodaje v zvezi opredelitivno *tertium comparationis*). Na enak namen je napoteno v okviru presoje utemeljenosti ravnanja držav članic. Drugič, tako „strnjevanje“ primerljivosti in utemeljenosti je običajno za pregled nacionalnih ukrepov glede na pravo Unije. Če zadevni nacionalni ukrep ni oblikovan preozko ali preveč nerazumno, bo tudi okvir ugotavljanja primerljivosti, ki je vzpostavljen z nacionalnim pravom, verjetno zelo pomemben za okvir ugotavljanja primerljivosti v skladu s pravom Unije, in sicer, če je cilj, ki mu sledi nacionalna zakonodaja, sam po sebi sprejemljiv z vidika Evropske unije. Okvir nacionalnega prava torej velja za izhodišče, čeprav ni nujno odločilni argument za ugotovitev primerljivosti v skladu s pravom Unije.<sup>29</sup>

62. Prav to je scenarij, ki se uporablja tudi za obravnavani primer. Če se sprejmeta načelo (davčne) teritorialnosti in cilj „ohranitve uravnotežene porazdelitve davčnih pristojnosti“, kar dejansko pomeni enako, izraženo na ravni „utemeljitve“, potem postane položaj domačih in tujih hčerinskih družb neprimerljiv.

63. Zato menim, da je stališče Nemčije, v skladu s katerim čezmejni in notranji položaj preprosto nista primerljiva, pravilno. Namen, za katerega je bilo na podlagi nacionalnega prava vzpostavljeno tako razlikovanje, je z vidika prava Unije zakonit, razlikovanje v nacionalnem pravu pa razumno. Dejansko bi bilo paradoksalno, če bi Sodišče svečano priznalo „načelo teritorialnosti, ki je del mednarodnega prava in ki ga priznava pravo Skupnosti“,<sup>30</sup> hkrati pa menilo, da je prenos prihodkov iz davčne jurisdikcije države članice mogoče v celoti izenačiti s prenosi znotraj davčne jurisdikcije navedene države članice.

64. Takega izenačevanja ne podpira niti sodna praksa Sodišča.

<sup>28</sup> V zvezi z letnim davkom, naloženim tujim in nacionalnim kolektivnim naložbenim podjetjem, glej moje sklepne predloge v zadevi NN (L) International (C-48/15, EU:C:2016:45, točka 57).

<sup>29</sup> Za podobne premisleke pri razpravi o selektivnosti v okviru državne pomoči, ki vključuje tudi pomisleke glede primerljivosti, glej moje sklepne predloge v zadevi Belgija/Komisija (C-270/15 P, EU:C:2016:289, točke od 40 do 46).

<sup>30</sup> Sodba z dne 13. decembra 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, točka 39).

65. Drži, da sklicevanje na preprečevanje preusmerjanja dobička med državami članicami ni „bianco ček“. To ne pomeni, da „v določenih primerih pravila, ki jih država članica sprejme posebej za primere čezmejnih skupin, ne omejujejo svobode ustanavljanja zadevnih družb“. <sup>31</sup> Vendar morajo biti pogoji za ugotovitev omejitve dejansko izpolnjeni. Dejansko je treba določiti primerljivost in neugodno obravnavanje. <sup>32</sup>

66. Menim, da v obravnavani zadevi, zlasti ob upoštevanju namena spornih nacionalnih pravil ne gre za primerljive položaje. Zato se obravnavana zadeva razlikuje od primerov, v katerih je Sodišče obravnavalo sklicevanje na načelo teritorialnosti v zvezi z ukrepom, ki *ni* bil izrecno oblikovan za odpravo čezmejnega uhajanja obdavčljivega dohodka. <sup>33</sup>

67. Sodišče je poleg tega v več zadevah menilo, da je ključni dejavnik pri ugotavljanju primerljivosti dejstvo, da želi država članica enako obdavčiti davčne rezidente in nerezidente. Tako na primer takoj, ko država članica „zaveže ne samo delničarje rezidente, ampak tudi delničarje nerezidente za dohodnino v zvezi z dividendami, ki jih prejmejo od družbe rezidentke, postane položaj navedenih delničarjev nerezidentov podoben položaju delničarjev rezidentov“. <sup>34</sup>

68. Kot je poudarila nemška vlada, se v obravnavani zadevi nerezidenti ne poskušajo obdavčiti. Obdavčitev se naloži na podlagi načela običajnih tržnih pogojev, zato je obdavčen le dobiček, ustvarjen v Nemčiji. Čezmejni in notranji položaj na tej podlagi spet nista primerljiva.

69. Glede na navedeno menim, da v obravnavani zadevi položaj družb rezidentk s hčerinskimi družbami nerezidentkami in položaj družb rezidentk s hčerinskimi družbami rezidentkami nista primerljiva za namene ugotovitve razlikovanja, ki bi lahko bilo v nasprotju s svobodo ustanavljanja. Zadevna položaja sta objektivno različna. To dejansko pomeni, da ju *ni mogoče* obravnavati enako, če se upošteva načelo prepovedi razlikovanja, ki je podlaga pravil o svobodi ustanavljanja.

## 2) Neobstoj manj ugodnega obravnavanja

70. Če bi se v obravnavani zadevi vendarle štelo, da sta čezmejni in notranji položaj dejansko primerljiva, menim, da obstaja tudi močen argument, da ni razlikovanja v smislu manj ugodnega obravnavanja prvonavedenega.

71. Navedeni argument temelji predvsem na argumentu nemške vlade. Imenujem ga argument „ničelne vsote“. V skladu z njim se v primeru transakcij med matično družbo in hčerinsko družbo – obe sta rezidentki Nemčije – ki niso izvedene pod običajnimi tržnimi pogoji, dobiček ne obdavči na ravni matične družbe, temveč na ravni hčerinske družbe. Zato davčno breme z vidika skupine kot celote ostane enako. Davčne osnove matične in hčerinske družbe (če imata obe sedež v Nemčiji) ni smiselno prilagajati, da bi se upoštevali običajni tržni pogoji, saj bi to pomenilo upravno obremenitev, rezultat v praksi pa bi bil enak.

72. Drugače povedano, nemška vlada trdi, da ni različnega obravnavanja, saj je dobiček, ustvarjen na nacionalnem ozemlju, v obeh primerih vedno obdavčen samo enkrat.

31 Sodba z dne 13. marca 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* (C-524/04, EU:C:2007:161, točka 60).

32 Res je, da bi se – če bi Sodišče želelo izrecno podpreti pristop „izključno“ na podlagi omejitve na področju svobode ustanavljanja in neposrednega obdavčenja – s takim razvojem izognilo potrebi po nadaljnji presoji primerljivosti in neugodnega obravnavanja. Vendar to ne bi le vključevalo vseh zgoraj navedenih neugodnosti, temveč bi bilo tudi korak v nasprotno smer, kot jo je Sodišče ubralo v zadnjih letih. V zvezi s tem se za „prelomno točko“ pogosto navaja sodba z dne 5. julija 2005, D (C-376/03, EU:C:2005:424) (glej na primer *Kingston, S.*, „The Boundaries of Sovereignty: The ECJ’s controversial role applying internal market law to direct tax measures“, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, zv. 9, 2006, str. 303).

33 Sodba z dne 18. julija 2007, *Oy AA* (C-231/05, EU:C:2007:439).

34 Glej na primer sodbo z dne 12. decembra 2006, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation* (C-374/04, EU:C:2006:773, točka 68).

73. Podoben argument je bil podan v zadevi SGI. Sodišče je v odgovor nanj implicitno priznalo, da je argument „ničelne vsote“ (v primerih stoodstotnega lastništva) lahko pravilen.<sup>35</sup>

74. Vendar Sodišče navedenega argumenta ni podrobno obravnavalo, saj je vsekakor obstajalo tveganje dvojne obdavčitve. To pa zato, ker v sodbi SGI prilagoditev davčne osnove navzgor za družbo, ki je odobrila ugodnost v Belgiji, morda ne bi bila izravnana s prilagoditvijo davčne osnove navzdol za družbo prejemnico v Franciji. Navedeno tveganje ni bilo odpravljeno z možnostjo uporabe Konvencije 90/436/EGS o arbitraži, da bi se preprečila dvojna obdavčitev, saj je uporaba navedenega instrumenta draga in zamudna.<sup>36</sup> Na tej podlagi je bila potrjena omejitev svobode ustanavljanja.

75. Kar zadeva tveganje dvojne obdavčitve, se mi zdi navedeno sklepanje v obravnavani zadevi zelo problematično. Kot je pojasnjeno zgoraj, lahko države članice v skladu z načelom teritorialnosti družbam rezidentkam obdavčijo dobičke po vsem svetu (obdavčitev na podlagi rezidentstva), družbam nerezidentkam pa dobičke iz njihovih dejavnosti v navedeni državi (obdavčitev na podlagi vira). Ena od logičnih posledic teh dvojnih meril rezidentstva in vira za uveljavljanje pravic do obdavčenja je tveganje dvojne obdavčitve. Davčni zavezanec v državi članici B, ki prejme dividendo iz države članice A, je lahko dvakrat obdavčen. V državi članici A (vir) se lahko uporabi davčni odtegljaj, navedeni dobiček pa se nato lahko obdavči v prejemnikovi državi rezidentstva, torej državi članici B.<sup>37</sup>

76. Ne glede na vse navedeno se v skladu z ustaljeno sodbo prakso Sodišča od države vira ne zahteva, naj v takih primerih odobri davčno olajšavo.<sup>38</sup> Dvojna obdavčitev ali tveganje dvojne obdavčitve zato ne izniči načela teritorialnosti. Državam članicam ne preprečuje naložitve davka na dobiček v njihovi jurisdikciji.

77. Vendar menim, da je iz razlogovanja v sodbi SGI razvidno nasprotno. V navedeni sodbi je obravnavan položaj, v katerem država članica vztraja pri obdavčitvi dobička, ustvarjenega na njenem ozemlju, ki ga nato s sklicevanjem na tveganje dvojne obdavčitve preoblikuje v neugodnost.

78. Če bi se navedeno razlogovanje izpeljalo do logičnega zaključka in uporabilo v obravnavani zadevi, bi se s tem poudarile notranje neskladnosti.

79. V obravnavani zadevi (kot v zadevi SGI) je ključni pomislek, ki se pojavlja vedno znova, da se načelo običajnih tržnih pogojev za čezmejne položaje uporablja, za notranje pa ne. Težava, ki jo opažam v zvezi z argumentom glede tveganja dvojne obdavčitve, je, da obstaja še naprej, *tudi če je različno obravnavanje odpravljeno*. Če bi se torej v obravnavani zadevi nemška vlada odločila, da bo transferne cene uporabila za čezmejne in domače transakcije, potem različnega obravnavanja ne bi bilo. Vendar bi še vedno obstajalo teoretično tveganje dvojne obdavčitve v primeru čezmejnih položajev, ki pri domačih transakcijah načeloma preprosto ne obstaja.

80. Menim, da je dejansko vprašanje v obravnavani zadevi v bistvu veljavnost argumenta „ničelne vsote“. Če je ta argument veljaven, se mi zdi, da je vsakršno tveganje dvojne obdavčitve preprosto posledica soobstoja različnih davčnih sistemov in načela teritorialnosti. Zadevno tveganje bi obstajalo ne glede na zadevni primer.

81. V obravnavani zadevi in ob upoštevanju morebitnih preverjanj nacionalnega sodišča se zdi, da argument ničelne vsote dejansko velja. V zvezi s tem ugotavljam naslednje.

35 Sodba z dne 21. januarja 2010 (C-311/08, EU:C:2010:26, točka 45).

36 Konvencija 90/436 o odpravi dvojnega obdavčevanja v zvezi s preračunom dobička povezanih podjetij (UL 2005, C 160, 30.6.2005, str. 11) vsebuje arbitražne mehanizme za preprečevanje tovrstnega dvojnega obdavčevanja (glej v zvezi s tem sodbo z dne 21. januarja 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, točka 54)).

37 Farmer, P., „Direct Taxation and the Fundamental Freedoms“, *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, str. 812.

38 Sodba z dne 14. novembra 2006, Kerckhaert in Morres (C-513/04, EU:C:2006:713, točke od 22 do 24).

82. Prvič, na obravnavi pred tem sodiščem nista ne tožeča stranka ne Komisija resno omajali zadevnega argumenta. V nobeni fazi se ni izpodbijalo, da bi uporaba meril običajnih tržnih pogojev v primeru domačih transakcij splošno povečala davčno breme družb rezidentk oziroma da bi ga njihova neuporaba zmanjšala.

83. Drugič, argument ničelne vsote jasno vključuje upoštevanje obdavčenja skupine na svetovni ravni. Iz razlogov, navedenih zgoraj v točkah od 30 do 33, se mi zdi utemeljeno (in v sodni praksi dejansko običajno), da analiza razlikovanja ni omejena na posebne okoliščine posameznih pravnih oseb.

84. Tretjič, v sodbi Sodišča v zadevi SGI je bilo nakazano, v sklepnih predlogih generalne pravobranilke<sup>39</sup> pa jasno navedeno, da argument ničelne vsote deluje le v primeru stoddotnega lastništva. V takih primerih je vseeno, katera družba skupine je obdavčena. V primeru manjših deležev pa to ni tako očitno.

85. V odgovor na navedeno trditev preprosto ugotavljam, da je tožeča stranka v obravnavani zadevi neposredno ali posredno stoddotna lastnica tujih družb skupine. V skladu z razlogovanjem Sodišča v sodbi SGI gre torej za položaj, v katerem se argument ničelne vsote načeloma „obnese“.

86. Glede na navedeno menim, da v obravnavani zadevi primerljiva položaja ne obstajata oziroma, podredno, da če primerljivost obstaja, nikakor ni neugodnosti. Zato sporni nacionalni ukrep ne bi povzročil razlikovanja, ki bi bilo v nasprotju s svobodo ustanavljanja.

#### ***b) Neobstoj omejitve***

87. V delu (A) zgoraj se predpostavlja, da se v obravnavani zadevi uporablja „pristop na podlagi razlikovanja“. Če pa bi se štel, da bi bilo treba uporabiti pristop na podlagi omejitve, bi se s tem načeloma izognilo potrebi po primerjavi ali ugotovitvi relativne neugodnosti.

88. S takim predlogom se kljub temu postavlja dokaj zapleteno načelno vprašanje: ali je res mogoče šteti, da zahteva, v skladu s katero morajo družbe svojo davčno osnovo izračunati na podlagi običajnih tržnih pogojev, pomeni omejitev svobode ustanavljanja?<sup>40</sup>

89. Po mojem mnenju ga ne more. To ni nič drugega kot izraz načela teritorialnosti obdavčitve, ki izraža pravico države do obdavčitve dobička, ustvarjenega v njeni jurisdikciji.<sup>41</sup> V nasprotnem primeru in če bi se štel, da prilagoditev davčne osnove za upoštevanje običajnih tržnih pogojev pomeni omejitev svobode ustanavljanja, bi se za tako omejitev domnevno lahko štela tudi vsaka stopnja obdavčitve nad ničelno, ki bi jo uporabila država članica. Drugače povedano, spet se pojavijo težave, ki so neločljivo povezane z uporabo modela omejitve pri neposrednem obdavčenju.

90. Na tej stopnji se mi zdi tudi pomembno obravnavati argumente, ki so bili v zvezi z „odvračanjem“ predloženi v zadevi SGI. Parafraziral sem jih zgoraj v točki 47. Ideja je v bistvu ta, da uporaba običajnih tržnih pogojev deluje nekako odvrtilno (v tem primeru) na nemške družbe, ki razmišljajo o ustanovitvi hčerinskih družb v tujini, in na nenemške družbe, ki razmišljajo o ustanovitvi hčerinskih družb v Nemčiji.

39 Sklepni predlogi generalne pravobranilke J. Kokott (C-311/08, EU:C:2009:545, točka 45).

40 Opozarjam tudi, da se mi v obravnavani zadevi stališče Komisije do tega vprašanja mogoče zdi nekoliko v nasprotju z njenim pristopom k vprašanju transfernih cen na področju državne pomoči. V zvezi s tem je dejansko dejavno ukrepala zoper več držav članic prav zato, ker domnevno niso pravilno uporabile transfernih cen za čezmejne transakcije, zato so bile družbe rezidentke preizko obdavčene. Zato se mi zdi še toliko bolj presenetljiv predlog, da bi lahko Nemčija to vprašanje rešila z uporabo transfernih cen pri vseh transakcijah (čezmejnih in domačih) ali pri nobeni.

41 Glej točke od 20 do 27 zgoraj.

91. Če pa bi se navedena ugotovitev uporabila v obravnavani zadevi, bi bila po mojem mnenju le bolj ali manj hipoteza (pa še to precej sporna). Na kakšen način bi obstajal odvratilni učinek? Zdi se, da je navedena hipoteza odločilno odvisna od glavne predpostavke: da bi bila neka družba odvrnjena od uresničevanja svobode ustanavljanja zaradi možnosti, da bo morala plačati davek na celotni dobiček, kot je prilagojen za upoštevanje običajnih tržnih pogojev.<sup>42</sup> Če naj načelo teritorialnosti in neodvisnosti držav članic na področju neposrednega obdavčenja ohranita sploh kakšen smisel, se mi to ne zdi legitimna podlaga za ugotovitev kršitve svobode ustanavljanja.

92. Iz navedenih razlogov in ker ni diskriminatornega obravnavanja primerljivih položajev, menim, da prilagoditev davčne osnove družb rezidentk, ki jo je Nemčija opravila za upoštevanje običajnih tržnih pogojev pri čezmejnih transakcijah, sama po sebi ne pomeni omejitve svobode ustanavljanja.

93. Če pa bi Sodišče sklenilo drugače, menim, da bi bila omejitev utemeljena.

### **3. Utemeljitev**

94. Omejitve svobode ustanavljanja so dopustne, če se z njimi uresničuje legitimen cilj in če so utemeljene z nujnimi razlogi v splošnem interesu. Njihova uporaba mora biti poleg tega primerna za doseg cilja in ne sme presežati tega, kar je nujno.<sup>43</sup>

#### **a) Legitimni cilj**

##### *1) Uravnotežena porazdelitev davčnih pristojnosti*

95. Nemška vlada se v obravnavani zadevi sklicuje na en razlog, in sicer uravnoteženo porazdelitev davčnih pristojnosti med državami članicami.

96. Sodišče je večkrat priznalo, da je to lahko legitimni cilj, s katerim je mogoče utemeljiti omejitve svobode ustanavljanja.<sup>44</sup>

97. Osnovna logika je – spet – da družbe ne morejo po mili volji preusmerjati svojih dobičkov med jurisdikcijami, saj bi to lahko erodiralo davčne osnove nekaterih držav članic in s tem „ogrozilo enakomerno porazdelitev davčne pristojnosti med državami članicami, saj bi se davčna osnova v prvi državi povečala, v drugi pa zmanjšala“.<sup>45</sup>

98. Navedeno logiko je po mojem mnenju mogoče brez dvoma prenesti na obravnavano zadevo. Sporna nacionalna zakonodaja je posebej oblikovana za preprečevanje „uhajanja“ obdavčljivega dohodka iz davčne jurisdikcije Nemčije zaradi poslov med povezanimi družbami v tujih državah, ki ne potekajo pod običajnimi tržnimi pogoji.<sup>46</sup>

42 Kar seveda ne vključuje upoštevanja različnega obravnavanja, saj je to pomembno vprašanje v okviru modela na podlagi razlikovanja.

43 Sodba z dne 21. januarja 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, točka 56 in navedena sodna praksa).

44 Sodba z dne 21. januarja 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, točka 60 in navedena sodna praksa).

45 Sodba z dne 21. januarja 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, točka 62 in navedena sodna praksa).

46 Sodišče je v sodbi SGI menilo, da sta uravnotežena porazdelitev davčnih pristojnosti in potreba po preprečevanju zlorabe, „obravnavani skupaj“, legitimni cilj. Vendar je iz druge sodne prakse prav tako razvidno, da se je na uravnoteženo porazdelitev davčnih pristojnosti mogoče sklicevati kot na *samostojni* razlog (v zvezi s tem glej na primer sodbo z dne 18. julija 2007, Oy AA (C-231/05, EU:C:2007:439)). S tem se je na obravnavi strinjala tudi Komisija.

## 2) Odobritev ugodnosti in preusmerjanje dobička

99. Komisija je zlasti trdila, da v obravnavani zadevi kot razlog ni mogoče navesti uravnotežene porazdelitve davčnih pristojnosti (oziroma da njena uporaba ni sorazmerna), in sicer zaradi narave sporne transakcije. Argument je v bistvu ta, da ugodnost v tem primeru v nasprotju z, na primer, preprostim prenosom gotovine ali brezobrestnim posojilom ni tako očitna oziroma jo je težko oceniti.

100. Ta argument se mi zdi sporen na več ravneh. Prvič, ne zdi se mi mogoče zanikati, da ima zagotovitev poroštva, kakršnega je odobrila tožeča stranka v patronatski izjavi, zelo resnično ekonomsko vrednost in da bi se v razmerju do nepovezanih družb zanjo plačalo. Navedeno dejstvo je izrecno potrjeno v smernicah organizacije OECD za določanje transfernih cen<sup>47</sup> in – v zvezi s poroštvi, ki jih zagotovi država – v sporočilu Komisije o državnih poroštvih.<sup>48</sup>

101. Drugič, kar zadeva domnevne težave pri ovrednotenju takih jamstev, v ta namen očitno obstajajo metode za določanje cen. Zlasti so na voljo tudi v smernicah organizacije OECD. Zgoraj navedeno sporočilo Komisije dejansko vključuje tudi določitev cen za poroštva, ki jih odobrijo države članice.

102. Nemška vlada je poleg tega na obravnavi navedla, pri čemer ji tožeča stranka ni ugovarjala, da se nesoglasje v obravnavani zadevi nanaša na *načelo in ne na ceno*. Stranki v postopku v glavni stvari se strinjata o stopnji, ki bi jo bilo treba uporabiti, če bi se ugotovilo, da je uporaba transfernih cen v takih primerih združljiva s pravom Unije.

103. Glede na navedeno menim, da zakonodaja, kot je ta v postopku v glavni stvari, sledi legitimnim ciljem, ki so združljivi s členom 49 PDEU in pomenijo nujne razloge v javnem interesu, ter da je primerna za zagotavljanje izpolnitve navedenih ciljev.

### b) Sorazmernost

104. Da je ukrep, ki se šteje za omejitev svobode ustanavljanja, utemeljen, mora načeloma ne le slediti legitimnemu cilju, temveč mora biti tudi sorazmeren. To pomeni, da *sredstva* ne smejo presegati tistega, kar je nujno za uresničitev *cilja*.

105. S tem se poraja zapleteno vprašanje na področju neposrednega obdavčenja. Davek je bodisi utemeljen bodisi ne. „Srednje poti“ ni. Če je *cilj* obdavčiti, potem je *sredstvo* naložiti in pobrati davek, celoten davek in samo davek. Kaj bi potemtakem v takem okviru pomenila razprava o „manj omejevalnih sredstvih“ za doseg istega cilja? Obdavčitev le polovice dohodka? Odobritev recimo 20-odstotnega delnega povračila davka? Zelo jasno je, da bi se lahko taka razprava kmalu prelevila v sodno določanje davčnih stopenj.

106. K navedenemu širšemu konceptualnemu vprašanju se bom vrnil v nadaljevanju v zaključnem delu. Medtem sta tožeča stranka in Komisija v pisnih in ustnih stališčih pod naslovom „sorazmernost“ navedli tri argumente, od katerih po mojem mnenju dejansko nobeno ni vprašanje sorazmernosti, vendar bom vseeno vsakega posebej obravnaval v nadaljevanju.

<sup>47</sup> Smernice OECD za določanje transfernih cen za mednarodna podjetja in davčne uprave iz leta 2017, točka 7.13. Na obravnavi se je razpravljalo o natančni naravi patronatske izjave ali pisma o nameri. Potrjeno je bilo, da je v obravnavani zadevi izjava vsebovala jamstvo, ki je bilo zoper tožečo stranko pravno izvršljivo.

<sup>48</sup> Obvestilo Komisije o uporabi členov 87 in 88 Pogodbe ES za državno pomoč v obliki poroštva (UL 2008, C 155, str. 10).

### 1) Uporaba načela običajnih tržnih pogojev pri patronatskih izjavah

107. Komisija je na obravnavi v bistvu menila, da je uporaba načela običajnih tržnih pogojev nekoliko „pretirana“,<sup>49</sup> saj gre le za patronatsko izjavo. Posledično naj bi torej „sorazmernost“ s tega vidika pomenila neko „zakonodajno sorazmernost“ – država članica bi morala domnevno sprejemati zakonodajo samo v zvezi z neposrednimi denarnimi nakazili, ostalo pa pustiti.

108. Kot je navedeno zgoraj,<sup>50</sup> imajo take izjave (vsaj kolikor so pravno zavezujoče in zagotavljajo finančna jamstva, kot v tem primeru) očitno ekonomsko vrednost. Vsaj to je dejansko na koncu priznala Komisija.

109. Že na tej podlagi ne vidim razloga, da bi se uporaba načela običajnih tržnih pogojev za take posebne položaje štela za nekoliko pretirano. Poleg tega in spet v nasprotju z argumenti Komisije ni absolutno nobenih razlogov za trditev, da bi bila uporaba običajnih tržnih pogojev nesorazmerna v primerih, v katerih je zadevne pogoje težko oceniti.

110. Še bolj bistveno je, da tu po mojem mnenju sploh ne gre za vprašanja sorazmernosti. Načelo običajnih tržnih pogojev se sprejme (vsem napakam navkljub) ali ne. To vprašanje je dvojno. Recept za skrajno pravno negotovost bi bil, če bi bile zatrjevane praktične težave v zvezi z uporabo tega načela v zelo posebnih primerih – naj dodam, da so ti primeri izrecno določeni v mednarodnih smernicah o tej temi –<sup>51</sup> veljavni razlogi za zavrnitev uporabe tega načela kot nesorazmernega.

### 2) Poslovne utemeljitve

111. V obravnavani zadevi je eno od vprašanj, ki sta jih v pisnih stališčih v zvezi s sorazmernostjo postavili tožeča stranka in Komisija, obseg, v katerem je mogoče predložiti poslovne utemeljitve za pogoje, pod katerimi je bila sklenjena transakcija, in vrste poslovnih utemeljitev, ki se štejejo za legitimne.

112. Zdi se, da je – nasprotno – dejansko vprašanje v obravnavani zadevi, *katera vrsta* poslovnih utemeljitev je sprejemljiva in sprejeta. V zvezi s tem je stališče tožeče stranke in Komisije v bistvu to, da morajo biti družbe sposobne utemeljiti pogoje svojih transakcij glede na svoje posebno razmerje z nasprotno stranko. Drugače povedano, omogočiti jim je treba, da se prilagoditvi davčne osnove izognejo tako, da odobritev ugodnih poslovnih pogojev utemeljijo s sklicevanjem na pomen zagotavljanja uspešnosti hčerinske družbe.

113. Menim, da je ta trditev očitno napačna. V nasprotnem primeru bi bil pojem transakcija pod običajnimi tržnimi pogoji brez pomena. Dejansko bi to pomenilo, da so iz uporabe zadevnega načela neposredno in popolnoma izključene vse poslovne transakcije s hčerinskimi družbami, saj ima matična družba *vedno* interes, da njena hčerinska družba posluje uspešno. Po definiciji bi tako neka utemeljitev vedno obstajala.

114. Drugače povedano, preprosto obstaja nepremostljivo nasprotje med – po eni strani – trditvijo, da lahko države članice prilagodijo transakcije, da se upoštevajo fiktivni pogoji, ki *bi bili* dogovorjeni med *popolnoma neodvisnimi* subjekti, in – po drugi strani – trditvijo, da lahko stranke temu nasprotujejo s trditvijo, da so bili pogoji drugačni in utemeljeni prav zato, ker so bili subjekti povezani in imajo soodvisne interese.

49 Moja parafraza.

50 Točka 100 teh sklepnih predlogov.

51 Opomba 47 zgoraj.



115. Nazadnje menim, da to – ponovno – niso vprašanja sorazmernosti, ampak vprašanja bodisi o (a) dejanskem pomenu načela (in kot je navedeno zgoraj, to po mojem mnenju očitno ne vključuje upoštevanja interesov v skupini) bodisi o (b) tem, ali se zadevno načelo v *posameznem primeru pravilno uporablja*.

### 3) Sorazmernost in različno obravnavanje

116. Zdaj se bom spet posvetil vprašanju različnega obravnavanja domačih in čezmejnih transakcij. V obravnavani zadevi se je na obstoj navedenega različnega obravnavanja na začetku sklicevalo v podporo ugotovitvi omejitve.

117. Na obravnavi se je nanj spet sklicevalo pri analizi sorazmernosti: vprašanje zakonodaje ni sorazmerno, saj se z njo transakcije obravnavajo različno.

118. Ta argument se mi ne zdi prepričljiv iz več razlogov.

119. Najprej se bom znova skliceval na zadevo SGI. V navedeni zadevi je bila izvedena prilagoditev davčne osnove, da bi se upoštevali običajni tržni pogoji le v primeru čezmejnih transakcij.<sup>52</sup> Navedeno različno obravnavanje pa zadevne države članice ni odvrnilo od sklicevanja na uravnoteženo porazdelitev davčnih pristojnosti kot na legitimni cilj. Poleg tega ni preprečilo ugotovitve, da je zadevni ukrep sorazmeren. Dejansko Sodišče v analizi sorazmernosti v sodbi SGI sploh ne omenja različnega obravnavanja.

120. Natančneje, ni jasno, kako različno obravnavanje pripelje do ugotovitve, da zadevni ukrep presega tisto, kar je potrebno za doseg uravnotežene porazdelitve davčnih pristojnosti, ali kateri manj omejevalni ukrepi bi lahko bili sprejeti. V zvezi s tem ne razumem, kako bi zadevni ukrep postal manj omejevalen za svobodo ustanavljanja, če bi bil razširjen na domače transakcije.

121. Vsaj teoretično bi uvedba transfernih cen, katere posledica je prilagoditev davčne osnove navzgor za nemške družbe s tujimi hčerinskimi družbami, lahko odvrnila od pridobitve, ustanovitve ali ohranitve navedenih hčerinskih družb.<sup>53</sup> Vendar se zdi, da uporaba transfernih cen tudi za transakcije med povezanimi nemškimi družbami navedenega odvrčanja nikakor ne bi zmanjšala ali odpravila.

122. V odgovor bi se lahko reklo, da se to vprašanje nasprotno nanaša na „relativno“ odvrčanje ali neugodnost, ki ju povzroči različno obravnavanje. Drugače povedano, če lahko neka nemška družba izbira med – po eni strani – ustanovitvijo hčerinske družbe v tujini (česar posledica je lahko prilagoditev njene davčne osnove v zvezi z vsemi transakcijami, ki niso bile izvedene pod običajnimi tržnimi pogoji, kot v obravnavani zadevi) in – po drugi strani – ustanovitvijo hčerinske družbe v Nemčiji (kjer take prilagoditve ne bo), bo najverjetneje izbrala drugonavedeno možnost.

<sup>52</sup> Kot je potrjeno v točki 42 sodbe z dne 21. januarja 2010 (C-311/08, EU:C:2010:26): „se [...] ugodnosti, ki jih je družba rezidentka odobrila [povezani] družbi, [...] prištejejo k lastnim dobičkom prve družbe le, če ima družba, ki so ji bile ugodnosti priznane, sedež v drugi državni članici“ (moj poudarek).

<sup>53</sup> Sodba z dne 21. januarja 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, točka 44 in navedena sodna praksa).

123. Osnovna težava s tem argumentom je, da je umetno osredotočen na obdavčitev matične družbe, ne upošteva pa hčerinske družbe.<sup>54</sup> Če se lahko davčna osnova matične družbe prilagodi navzgor le v primeru transakcij s tujimi hčerinskimi družbami, ki niso bile izvedene pod običajnimi tržnimi pogoji, *seveda* teoretično obstaja „davčna ugodnost“ za matično družbo z domačo hčerinsko družbo. Vendar bo davčna ugodnost, ki izhaja iz nižje davčne osnove matične družbe, načeloma izravnana z višjo davčno osnovo hčerinske družbe. Drugače povedano, ugotovi se lahko, da se je treba v tem primeru spet vrniti k argumentu nemške vlade glede „ničelne vsote“.<sup>55</sup>

124. Opozoriti je treba, da se argument „ničelne vsote“ pojavlja tudi v sodbi SGI (čeprav ne s tem izrazom). Belgijska zakonodaja je tako v navedeni zadevi določala, da „družba rezidentka ni obdavčena za [izjemno ali neodplačno] ugodnost, če jo je priznala drugi [povezani] družbi rezidentki [...] *in se predpostavi, da se ta ugodnost upošteva pri določitvi obdavčljivih dohodkov slednje družbe*“.<sup>56</sup> Drugače povedano, v zakonodajo je bila kot zahteva izrecno vnesena narava ničelne vsote prenosa z davčnega vidika. Belgija se je strinjala, da ne bo obdavčila „preusmerjenega dobička“ na ravni matične družbe, če bo lahko zadevni dobiček obdavčila na ravni hčerinske družbe.

125. Če se ne motim, je res, da v obravnavani zadevi ni enakovrednega pogoja v nemški zakonodaji. Torej se s sporno nemško zakonodajo v glavni stvari formalno ne zahteva, da je treba kot osnovni pogoj za to, da se davčna osnova matične družbe ne prilagodi, „dobiček, preusmerjen“ na hčerinsko družbo s sedežem v Nemčiji, obdavčiti na ravni zadnjenavedene. Vendar niso bili predloženi niti prepričljivi argumenti za to, da taki „dobički, preusmerjeni“ med nemškimi družbami na podlagi poslov, ki niso bili izvedeni pod običajnimi tržnimi pogoji, ne bi bili obdavčeni (ali bi bili obdavčeni manj oziroma po nižji stopnji) na ravni družbe prejemnice.<sup>57</sup>

#### 4) Velikost popravka

126. Nazadnje, kot razumem, so korektivni davčni ukrepi, ki jih Nemčija sprejme v primerih, kakršni je obravnavani, omejeni na del, ki presega tisto, kar bi bilo dogovorjeno, če družbe ne bi bile v razmerju odvisnosti. Pri tem ne pride do „pretiranega popravka“, s katerim bi bila davčna osnova nemške družbe rezidentke umetno napihnjena.<sup>58</sup> Vendar spet menim, da to ni vprašanje sorazmernosti in del utemeljitve nacionalnega ukrepa, temveč je nasprotno vprašanje, ki se nanaša na *pravilno uporabo* načela običajnih tržnih pogojev.<sup>59</sup>

#### 4. Predlog

127. Na podlagi zgornjih argumentov menim, da zakonodaja, kakršna je ta v obravnavani zadevi, ne pomeni omejitve svobode ustanavljanja. Če pa jo omejuje, je omejitev utemeljena na podlagi ohranitve uravnotežene porazdelitve davčnih pristojnosti med državami članicami in ne presega tistega, kar je nujno za doseg navedenega cilja, pri čemer je to vsekakor predmet končne presoje nacionalnega sodišča.

54 Tak pristop je po mojem mnenju tudi notranje protisloven. Omejitve svobode ustanavljanja se presojuje z vidika ugodnosti in neugodnosti pri ustanavljanju ločenega subjekta (podružnice ali hčerinske družbe) v tujini. Vendar se pri utemeljevanju omejitev pričakuje, da je presoja omejena na ugodnosti in neugodnosti matične družbe.

55 Glej točki 71 in 72 zgoraj.

56 Sodba z dne 21. januarja 2010 (C-311/08, EU:C:2010:26, točka 42) (moj poudarek).

57 Razpravljalo se je o poznejši obdavčitvi dividend, ki jih izplača hčerinska družba. Vendar je to po mojem mnenju povsem ločeno vprašanje. Komisija je poleg tega menila, da bi obdavčitev dobička na ravni matične družbe in ne hčerinskih družb lahko povzročila preusmerjanje dobička med zveznimi deželami, v katerih se uporabljajo različne davčne stopnje. Vendar je treba poleg tega, da podrobnosti sploh niso bile predložene, opozoriti, da osnovna zvezna stopnja davka od dohodkov iz dejavnosti ni progresivna in da je po vsej Nemčiji enaka.

58 Sodba z dne 21. januarja 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, točka 72 in navedena sodna praksa).

59 V zvezi s tem glej točko 115 zgoraj.

## 5. Pripis

128. V teh sklepnih predlogih sta opisani dve možnosti. Prvič, če se sprejme logika razlikovanja, potem ni primerljivosti. Analiza se lahko na tej točki konča. Drugič, če se sprejme pristop na podlagi omejitve, potem bi lahko ovira na podlagi zelo ohlapnega razumevanja (ki bi vseeno imelo nekatere neprijetne splošne posledice na področju neposrednega obdavčenja) teoretično obstajala. Vendar je zadevna ovira utemeljena.

129. Obe možnosti temeljita na predpostavki, da sta sprejeta načelo davčne teritorialnosti in njegova emanacija v obliki ohranitve uravnotežene porazdelitve davčnih pristojnosti med državami članicami. V sodni praksi Sodišča je jasno potrjeno, da so za naložitev neposrednih davkov pristojne države članice in da lahko te davke na podlagi načela teritorialnosti naložijo v zvezi z dobičkom, ustvarjenim v njihovi jurisdikciji. Poleg tega je načelo običajnih tržnih pogojev mednarodno priznано kot veljaven način geografske porazdelitve dobička.

130. Če se izhaja iz te splošne predpostavke, obstaja razlika med zadevnima možnostma glede načina, kako je navedeno načelo vključeno v preskus. V okviru pristopa na podlagi razlikovanja je vključeno v fazi primerljivosti. Pri pristopu na podlagi omejitve je najprej izključeno, saj primerljivost v tem okviru ni pomembna. Vendar se potem isto načelo teritorialnosti v vsej svoji moči vrne v fazi utemeljitve (pod krinko „uravnotežene porazdelitve davčnih pristojnosti“).

131. V argumentativnem „tehtanju alternativ“, ki je bilo v teh sklepnih predlogih izvedeno namerno, se poudarja več temeljnih konceptualnih težav, s katerimi se srečuje Sodišče na tem področju. Izstopa zlasti ena: glede na to, da Sodišče v zvezi s tem ni izoblikovalo jasnega stališča in da niha med uporabo pristopa na podlagi razlikovanja, pristopa na podlagi omejitve in mešanice teh dveh pristopov, se lahko dejansko zgodi, da se zadevni možnosti pomešata. V različnih fazah preskusa se nato vedno znova razpravlja o istem argumentu. Kot se je lahko videlo zlasti v obravnavani zadevi, so se stranke dejansko sklicevale na isti argument, zadevna razprava pa je potekala v fazi primerljivosti, utemeljitve in tudi – na podlagi sklicevanja Komisije in tožeče stranke – v fazi sorazmernosti, kar je celotnemu argumentu dodalo pridih krožnosti.

132. Glede na navedeno Sodišče pozivam, naj zagotovi dve pojasnili. Prvič, jasno naj pove, kateri pristop k svobodi ustanavljanja naj se uporablja na področju neposrednega obdavčenja. Iz več razlogov, ki sem jih podal v teh sklepnih predlogih, menim, da bi to moral biti pristop na podlagi razlikovanja.

133. Drugič, če v obravnavani zadevi sprejme in uporabi pristop na podlagi razlikovanja, bi se morala analiza ustaviti v fazi primerljivosti. S systemskega vidika se mi zdi, da glede na vztrajanje držav članic pri obdavčenju čezmejnih transakcij v skladu z načelom davčne teritorialnosti in priznana mednarodna načela, ki se uporabljajo na tem področju, ni mogoče šteti, da ga je treba utemeljiti. Te ugotovitve ne spremenijo neprilagoditev dobička, ki bi bila odraz upoštevanja običajnih tržnih pogojev med družbama rezidentkama iste države članice,

134. Položaj bi bil lahko drugačen, le če bi bile transakcije med družbama rezidentkama *na splošno* nižje obdavčene. Če bi zaradi različnih pravil, ki se uporabljajo, prišlo do davčnega izkrivljanja, kar bi povzročilo davčno diskriminacijo. Vendar bi se tudi v tem primeru postavilo vprašanje, kaj natančno je bil vir navedene davčne ugodnosti. V obravnavani zadevi sploh ni bila opredeljena nikakršna splošna davčna ugodnost, ki bi izhajala iz neuporabe načela običajnih tržnih pogojev za hčerinske družbe rezidentke.<sup>60</sup>

60 Obstoje davčnih ugodnosti „nižje v verigi“, ki se nanašajo na ločene transakcije (na primer izplačilo dividend), je ločeno vprašanje.

## V. Predlog

135. Glede na navedeno Sodišču predlagam, naj na vprašanje Finanzgericht Rheinland-Pfalz (finančno sodišče v Porenju - Pfalški, Nemčija) odgovori:

Člen 49 Pogodbe o delovanju Evropske unije (PDEU) v povezavi s členom 54 PDEU (prej: člen 43 Pogodbe o ustanovitvi Evropske skupnosti (PES) v povezavi s členom 48 ES) ne nasprotuje zakonodaji države članice, v skladu s katero se dohodki davčnega zavezanca rezidenta iz poslovnih odnosov z družbo s sedežem v drugi državi članici, v kateri ima vsaj četrtinski neposredni ali posredni delež in s katero se je dogovoril o pogojih, ki odstopajo od tistih, o katerih bi se dogovorile neodvisne tretje osebe v enakih ali podobnih okoliščinah, določijo tako, kakor bi se določili v okviru pogojev, o katerih bi se dogovorile neodvisne tretje osebe, čeprav do take izravnave ne pride v zvezi z dohodki iz poslovnih odnosov z družbo rezidentko in zakonodaja davčnemu zavezancu rezidentu ne omogoča predložitve dokaza, da so bili pogoji dogovorjeni iz poslovnih razlogov, ki izhajajo iz njegovega položaja družbenika v družbi s sedežem v drugi državi članici.