



Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
GERARDA HOGANA,
predstavljeni 25. februarja 2021¹

Združeni zadevi C-478/19 in C-479/19

UBS Real Estate Kapitalanlagegesellschaft mbH
proti
Agenzia delle Entrate

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Corte suprema di cassazione (vrhovno kasacijsko sodišče, Italija))

„Predhodno odločanje – Svoboda ustanavljanja – Člen 43(1) ES – Prosti pretok kapitala – Člen 56(1) ES – Hipotekarni in katastrski davek – Davčne ugodnosti, priznane le zaprtim nepremičninskim investicijskim skladom“

I. Uvod

1. Corte suprema di cassazione (vrhovno kasacijsko sodišče, Italija) s tema predlogoma za sprejetje predhodne odločbe Sodišču predlaga, naj odloči o združljivosti italijanske zakonodaje, ki možnost polovičnega znižanja hipotekarnega in katastrskega davka, ki se plača ob pridobitvi poslovne nepremičnine v imenu nepremičninskega investicijskega sklada, omejuje na to, kar bom imenoval „zaprti“ nepremičninski investicijski skladi, s pravom Unije in zlasti glede na določbe Pogodb o prostem pretoku kapitala in svobodi ustanavljanja. V tej zadevi se ponovno postavljata vprašanji omejitve prostega pretoka kapitala na področju obdavčitve.

2. Natančneje, predloga za sprejetje predhodne odločbe sta bila vložena v postopkih med UBS Real Estate Kapitalanlagegesellschaft mbH (v nadaljevanju: UBS Real Estate), družbo, ustanovljeno v skladu z nemškim pravom za upravljanje premoženja vzajemnih investicijskih skladov, in Agenzia delle Entrate (v nadaljevanju: italijanski davčni organ). V teh postopkih družba UBS Real Estate izpodbija odločbe zaradi molka italijanskega davčnega organa, da nemškima investicijskima skladoma, ki ju upravlja ta družba, ne povrne stroškov hipotekarnega in katastrskega davka, ki sta ju ta sklada vplačala ob vpisu pridobitve dveh poslovnih kompleksov, ki, da bi bila upravičena do 50-odstotnega znižanja hipotekarnega in katastrskega davka, kot se zahteva z uredbo-zakonom št. 223/2006, nista zaprta investicijska sklada, ampak odprta investicijska sklada.

¹ Jezik izvirnika: angleščina.

II. Pravni okvir

A. Pravo Unije

3. V času dejanskega stanja iz postopka v glavni stvari Lizbonska pogodba še ni začela veljati. Zato – čeprav so se nekatere stranke sklicevale na določbo Pogodbe o delovanju Evropske unije in na to, da so te določbe enake prejšnjim – se je vseeno treba sklicevati na določbo Pogodbe o ustanovitvi Evropske skupnosti.

4. Pravo Unije trenutno razlikuje med dvema vrstama kolektivnih investicijskih podjemov: kolektivnimi naložbenimi podjemi za vlaganja v prenosljive vrednostne papirje (v nadaljevanju: KNPVP) ter investicijskimi institucijami in instrumenti, ki niso KNPVP, in sicer alternativnimi investicijskimi skladi (v nadaljevanju: AIS), ki so urejeni z Direktivo 2011/61/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 8. junija 2011 o upraviteljih alternativnih investicijskih skladov in spremembah direktiv 2003/41/ES in 2009/65/ES ter uredb (ES) št. 1060/2009 in (EU) št. 1095/2010² (v nadaljevanju: Direktiva o AIS) in Delegirano uredbo Komisije (EU) št. 694/2014 z dne 17. decembra 2013 o dopolnitvi Direktive 2011/61/EU Evropskega parlamenta in Sveta v zvezi z regulativnimi tehničnimi standardi, ki določajo vrste upraviteljev alternativnih investicijskih skladov.³

5. Vendar se Direktiva o AIS in Delegirana uredba št. 694/2014 v času dejanskega stanja iz postopka v glavni stvari nista uporabljali. Kljub temu je mogoče na podlagi Delegirane uredbe št. 694/2014 razumeti razliko med zaprtimi in odprtimi skladi.

6. Delegirana uredba št. 694/2014 je bila sprejeta za dopolnitev pravil iz Direktive o AIS z regulativnimi tehničnimi standardi, ki določajo vrste upraviteljev alternativnih investicijskih skladov (v nadaljevanju: UAIS), tako da se določene zahteve Direktive uporabljajo na enak način.⁴

7. V uvodni izjavi 2 navedene uredbe je pojasnjeno:

„Zaželeno je, da se ločuje med UAIS, ki upravljajo AIS odprtega, zaprtega ali obeh tipov, da bi se pravilno uporabljala pravila o upravljanju likvidnosti in vrednotenju iz Direktive [o AIS] za UAIS.“

8. V uvodni izjavi 3 Uredbe št. 694/2014 je navedeno:

„Za razlikovanje med UAIS, ki upravljajo AIS odprtega ali zaprtega tipa, bi glavni dejavnik moralo biti dejstvo, da AIS odprtega tipa ponovno odkupi ali izplača delnice ali enote premoženja vlagateljev na zahtevo katerega koli delničarja ali imetnika enot premoženja, preden se je začela faza likvidacije ali prenehanja in to stori v skladu s postopki in s pogostostjo, ki je določena v njegovih pravilih ali aktih o ustanovitvi, prospektu ali ponudbenih dokumentih. [...]“

9. Člen 1, od (1) do (3), navedene uredbe, ki je edini vsebinski člen, določa:

„1. UAIS je lahko eno ali oboje od naslednjega:

– UAIS za AIS odprtega tipa,

² UL 2011, L 174, str. 1.

³ UL 2014, L 183, str. 18.

⁴ Glej uvodno izjavo 1 Delegirane uredbe št. 694/2014.

– UAIS za AIS zaprtega tipa.

2. UAIS za AIS odprtega tipa je UAIS, ki upravlja AIS, katerega delnice ali enote premoženja se na zahtevo katerega koli delničarja ali imetnika enot premoženja ponovno odkupijo ali izplačajo, preden se je začela faza likvidacije ali prenehanja, posredno ali neposredno, iz sredstev AIS in v skladu s postopki in s pogostostjo, ki je določena v njegovih pravilih ali aktih o ustanovitvi, prospektu ali ponudbenih dokumentih.

Zmanjšanje kapitala AIS v povezavi z razdelitvami v skladu s pravili ali akti o ustanovitvi AIS, njegovim prospektom ali ponudbenimi dokumenti, vključno z zmanjšanjem, ki je bilo odobreno s sklepom delničarjev ali imetnikov enot premoženja, sprejetim v skladu z navedenimi pravili ali akti o ustanovitvi, prospektom ali ponudbenimi dokumenti, se ne bi smelo upoštevati pri določanju, ali je AIS odprtega tipa ali ne.

V primeru, da se lahko z delnicami ali enotami premoženja AIS trguje na sekundarnem trgu in jih AIS ne odkupi ponovno oziroma izplača, se to pri določanju, ali je AIS odprtega ali zaprtega tipa, ne upošteva.

3. UAIS za AIS zaprtega tipa je UAIS, ki upravlja AIS, ki ni tipa, opisanega v odstavku 2.“

B. Italijansko pravo

1. Zakonska uredba št. 347/1990

10. Decreto Legislativo 31 Ottobre 1990, n. 347 relativo alle disposizioni concernenti le imposte ipotecaria e catastale (zakonska uredba št. 347 z dne 31. oktobra 1990 o določbah v zvezi s hipotekarnimi in katastrskimi davki, v nadaljevanju: zakonska uredba št. 347/1990) določa, da je treba za formalnosti prepisa, vpisa hipoteke, obnovitve in zaznamka v zemljiški knjigi plačati hipotekarni davek. Davčna osnova se izračuna od vrednosti prenesene ali prispevane nepremičnine in znaša 1,6 %.

11. Zakonska uredba št. 347/1990 tudi določa, da je sprememba imena imetnika lastninske pravice ali stvarne pravice na nepremičnini, vpisani v zemljiško knjigo, predmet katastrskega davka (*imposta catastale*). Ta davek, katerega stopnja je 0,4 %, je sorazmeren z vrednostjo nepremičnine.

2. Ministrska uredba št. 228/1999

12. Decreto ministeriale n. 228 – Regolamento recante norme per la determinazione dei criteri generali cui devono essere uniformati i fondi comuni di investimento (ministrska uredba št. 228 – predpisi o pravilih za določanje splošnih meril, ki jih morajo izpolnjevati vzajemni investicijski skladi) z dne 24. maja 1999⁵ je za nepremičninske sklade določala, da so to skladi, ki vlagajo izključno ali pretežno v nepremičnine, lastninske pravice na nepremičninah in deleže v nepremičninskih družbah.

⁵ GURI št. 164 z dne 15. julija 1999.

3. Uredba-zakon št. 223/2006

13. Člen 35, naslovljen „Ukrepi za preprečevanje goljufij in davčnih utaj“, Decreto-Legge n. 223 – Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale (uredba-zakon št. 223/2006 o nujnih določbah za gospodarsko in socialno oživitev, za omejitvev in racionalizacijo javnih izdatkov, za ukrepe v zvezi z davčnimi prihodki in za boj proti davčnim goljufijam) z dne 4. julija 2006,⁶ ki je bil s spremembami preoblikovan v zakon št. 248 z dne 4. avgusta 2006 (v nadaljevanju: uredba-zakon št. 223/2006) v odstavku 10b določa:

„Za vpis sprememb v zemljiško knjigo in vpise v zvezi s prenosi nepremičnin, ki se uporabljajo za poslovne namene [...], čeprav so predmet davka na dodano vrednost in ki vključujejo zaprte nepremičninske sklade, ki jih urejata člen 37 testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria [enotno besedilo predpisov s področja finančnega posredovanja] iz decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (zakonska uredba št. 58 z dne 24. februarja 1998), kakor je bila spremenjena, in člen 14a legge 25 gennaio 1994, n. 86 (zakon št. 86 z dne 25. januarja 1994), ali lizinske družbe oziroma banke in finančne posrednike [...], se v zvezi z nakupom in zakupom z možnostjo nakupa premoženja, ki je ali bo dano v zakup, stopnje hipotekarnega in katastrskega davka, kot so bile spremenjene z odstavkom 10a tega člena, znižajo za polovico. Določba iz prejšnjega stavka se uporablja od 1. oktobra 2006.“

4. Zakonska uredba št. 58/1998

14. Decreto Legislativo n. 58/1998 – Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52 (zakonska uredba št. 58/1998, enotno besedilo predpisov s področja finančnega posredovanja, v smislu členov 8 in 21 zakona št. 52 z dne 6. februarja 1996) z dne 24. februarja 1998⁷ je v različici, ki je veljala na datum, ko sta bili izvedeni transakciji iz postopka v glavni stvari, v členu 1, naslovljenem „Opredelitev pojmov“, določala:

„1. V tej zakonski uredbi se uporabljajo naslednje opredelitve pojmov:

[...]

- (k) ‚odprt sklad‘ pomeni vzajemni investicijski sklad, katerega udeleženci imajo pravico kadar koli zahtevati izplačilo enot premoženja v skladu s pravili delovanja sklada;
- (l) ‚zaprt sklad‘ pomeni vzajemni investicijski sklad, v katerem je pravica do izplačila enot premoženja udeležencem priznana samo v vnaprej določenih obdobjih [...].“

15. Člen 36 zakonske uredbe št. 58/1998, naslovljen „Vzajemni investicijski skladi“, je v različici, ki se je uporabljala v času dejanskega stanja iz postopka v glavni stvari, določal:

„1. Vzajemni investicijski sklad upravlja družba za upravljanje premoženja, ki jo je ustanovil, ali druga družba za upravljanje premoženja. Zадnjenavedena upravlja sklade, ki jih je sama ustanovila, in sklade, ki so jih ustanovile druge družbe.“

⁶ GURI št. 153 z dne 4. julija 2006.

⁷ Redni dodatek h GURI št. 71 z dne 26. marca 1998.

[...]3. Udeležbo v vzajemnem skladu ureja pravilnik sklada. Banca d'Italia [Banka Italije] po posvetovanju s [Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (CONSOB) (nacionalna komisija za družbe in borzo, Italija)] določi splošna merila, ki se poleg določb člena 39 uporabljajo za oblikovanje pravilnika sklada in njegovo minimalno vsebino.

[...]

6. Vsak vzajemni investicijski sklad ali njegov podsklad oblikuje neodvisno premoženje, ki je za vse pravne namene ločeno od sredstev družbe za upravljanje premoženja, sredstev posameznega udeleženca in katerih koli drugih sredstev, s katerimi upravlja ta družba. [...]"

16. Člen 37 zakonske uredbe št. 58/1998, naslovljen „Struktura vzajemnih skladov“, je v različici, ki se je uporabljala v času dejanskega stanja iz postopka v glavni stvari, določal:

„1. Minister za gospodarstvo in finance z uredbo, sprejeto po posvetovanju z Banko Italije in CONSOB, določi splošna merila, ki jih morajo izpolnjevati vzajemni skladi glede:

- (a) namena naložbe;
- (b) kategorij vlagateljev, ki jim je namenjena ponudba deležev;
- (c) pogojev udeležbe v odprtih ali zaprtih skladih, zlasti pogostostjo izdaje in izplačila deležev, po minimalnim pragom za vpis in postopki, ki jih je treba upoštevati;
- (d) najkrajšega in najdaljšega obdobja, če je to ustrezno;
- (d.a) pogojev, ki veljajo za pridobitve ali prispevke premoženja ob ustanovitvi sklada in po tem, za sklade, ki vlagajo izključno ali pretežno v nepremičnine, lastninske pravice na nepremičninah in deleže v nepremičninskih družbah.

[...]

„2a. Predpisi iz odstavka 1 določajo tudi zadeve, o katerih se udeleženci v zaprtih skladih sestajajo na skupščini, da sprejmejo zavezujoče odločitve o družbi za upravljanje premoženja. Na sestanku se še vedno odloča o zamenjavi družbe za upravljanje premoženja, o zahtevi za uvrstitev na borzo, kadar to ni določeno, in o spremembah politik upravljanja. [...]"

17. Člen 39 zakonske uredbe št. 58/1998, naslovljen „Pravilnik sklada“, je v različici, ki se je uporabljala v času dejanskega stanja iz postopka v glavni stvari, določal:

„1. Pravilnik za vsak vzajemni sklad opredeljuje njegove značilnosti, ureja njegovo delovanje, določa promotorja, upravitelja, če to ni promotor, in skrbniško banko, določa razdelitev nalog med zadnjenavedenimi in ureja obstoječa razmerja med njimi in udeleženci.

2. Pravilnik določa zlasti:

- (a) ime in trajanje sklada;
- (b) pogoje za udeležbo v skladu, pogoje za izdajo in ukinitvev certifikatov, vpis in izplačilo deležev ter pogoje za likvidacijo sklada;

- (c) organe, pristojne za izbiro naložb, in merila za dodelitev teh naložb;
- (d) vrsto premoženja, finančnih instrumentov in drugih vrednostnih papirjev, v katere je mogoče vlagati sredstva sklada;

[...].“

III. Dejansko stanje v postopku v glavni stvari in predlog za sprejetje predhodne odločbe

18. UBS Real Estate je družba za upravljanje premoženja vzajemnih skladov s sedežem v Nemčiji in podružnico v Italiji. Upravlja premoženje dveh nepremičninskih investicijskih skladov, in sicer „UBS (D) 3 Sector Real Estate Europe“ v likvidaciji (prej „UBS(D)3 Kontinente Immobilien“) in „UBS (D) Euroinvest Immobilien Real Estate Investment Fund“ (v nadaljevanju: sklada UBS), ki sta bila ustanovljena v skladu z nemškim pravom.⁸

19. Družba UBS Real Estate je 4. oktobra 2006 v imenu skladov UBS pridobila dva nepremičninska kompleksa za poslovno uporabo v kraju San Donato Milanese v Italiji. Družba UBS Real Estate je pri vpisu pridobitve dveh nepremičnin italijanskemu davčnemu organu za oba sklada plačala hipotekarni davek (3 %) in katastrski davek (1 %) v skupnem znesku 802.400,00 EUR za eno nepremičnino in 820.900,00 EUR za drugo nepremičnino.

20. Družba UBS Real Estate je pozneje izvedela, da je 1. oktobra 2006 začela veljati uredba-zakon št. 223/2006. Ta uredba-zakon določa, da se hipotekarni in katastrski davek za pridobitev nepremičnin v imenu zaprtega nepremičninskega investicijskega sklada v smislu člena 37 zakonske uredbe št. 58 zniža za polovico.

21. Družba UBS Real Estate je pri italijanskem davčnem organu vložila dva zahtevka za povračilo dveh zatrjevanih preplačil davka za vpis posamezne nepremičnine, pri čemer je trdila, da bi morali biti tudi odprti skladi, kot sta sklada UBS, upravičeni do ugodnosti iz določb uredbe-zakona št. 223/2006.

22. Italijanski davčni organ dejansko ni izdal nobene odločbe glede obeh zahtevkov, ki ju je vložila družba UBS Real Estate. Vendar pa je ta opustitev v skladu z italijanskim pravom privedla do sprejetja dveh implicitnih zavrnitev (*silenzio-rifiuto*) zahtevkov.

23. Družba UBS Real Estate je nato začela dva postopka v zvezi s tema implicitnima odločitvama pri Commissione Tributaria Provinciale di Milano (pokrajinsko davčno sodišče v Milanu, Italija). Ti tožbi sta bili zavrjnjeni z obrazložitvijo, da italijanska zakonodaja izrecno omejuje ugodnost znižanja davka, določenega z uredbo-zakonom št. 223/2006, zgolj na kategorijo zaprtih investicijskih skladov.

24. Družba UBS Real Estate je zoper obe sodbi pokrajinskega davčnega sodišča v Milanu vložila pritožbo pri Commissione Tributaria Regionale per la Lombardia (deželno davčno sodišče za Lombardijo, Italija).

25. Pritožbi sta bili s sodbama Commissione Tributaria Regionale per la Lombardia (deželno davčno sodišče za Lombardijo) z dne 3. aprila 2012 zavrjnjeni z obrazložitvijo, da glede na številne razlike med obema vrstama nepremičninskih skladov (zaprtim skladom, za katerega se uporablja

⁸ V skladu s trditvami UBS se navedena sklada ne tržita v Italiji.

italijansko pravo, in odprtim skladom, za katerega se uporablja nemško pravo) ni bila ugotovljena niti kršitev prava Unije, ki bi temeljila na različnem obravnavanju (saj se lahko za različne okoliščine uporabljajo različna davčna pravila), niti kršitev člena 25 konvencije med Italijo in Nemčijo o preprečevanju dvojnega obdavčevanja (saj naj ne bi bila ugotovljena diskriminacija na podlagi državljanstva).

26. Družba UBS Real Estate je nato zoper te ugotovitve vložila dve pritožbi pri Corte Suprema di Cassazione (vrhovno kasacijsko sodišče, Italija) v zvezi z nekaterimi pravnimi vprašanji. V teh pritožbah je med drugim izpodbijala združljivost člena 35(10b) uredbe-zakona št. 223/2006 z določbami zdaj veljavnih členov 18, 49 in 63 PDEU. Davčni organ je nasprotoval tema pritožbama in vložil nasprotno pritožbo.

27. Družba USB Real Estate v podporo svojima pritožbama med drugim trdi, da je deželno davčno sodišče kršilo člen 49 PDEU, ker je odločilo, da je razlika v davčni obravnavi med zaprtimi in odprtimi investicijskimi skladi utemeljena z razlikami med položajema, te razlike pa glede na uporabljeno merilo in razloge, na katerih temelji člen 35(10b) uredbe-zakona št. 223/2006, niso bile upoštevne.

28. Corte suprema di cassazione (vrhovno kasacijsko sodišče) meni, da se v obeh primerih v bistvu postavlja vprašanje, ali se lahko z razlikami med zaprtimi investicijskimi skladi, za katere se uporablja italijansko pravo, in odprtimi investicijskimi skladi, za katere se uporablja pravo druge države članice, utemelji različno davčno obravnavanje.

29. Sodišče v zvezi s tem poudarja, da se je v zadnjih letih italijanska davčna ureditev vzajemnih nepremičninskih skladov zelo spreminjala, da bi se spodbudil razvoj zaprtih skladov, obenem pa zagotovilo, da se ne uporabljajo za zaobid zakonodaje.

30. Corte suprema di cassazione (vrhovno kasacijsko sodišče) je natančneje v zvezi s členom 35(10b) uredbe-zakona št. 223/2006 navedlo, da je namen omejevanja davčne ugodnosti na podlagi te določbe na zaprte sklade v bistvu zgolj podpreti in spodbujati razvoj kolektivnih nepremičninskih investicijskih skladov, ki niso izrazito špekulativni in tvegani, in omejiti sistemska tveganja na nepremičninskem trgu v primeru krize. V primeru krize na nepremičninskem trgu bi namreč vlagatelji v tovrstne investicijske sklade običajno zahtevali predčasno izplačilo svojih deležev, kar bi povzročilo zmanjšanje likvidnostne rezerve takih skladov. Ti bi bili tako prisiljeni prodati del pridobljenih nepremičnin pod njihovo običajno vrednostjo, da bi izpolnili te zahteve po izplačilu, kar bi še bolj zaostri krizo. Zato bi bilo bolje vlagatelje spodbujati k pridobivanju zaprtih namesto odprtih skladov.

31. V teh okoliščinah je Corte suprema di cassazione (vrhovno kasacijsko sodišče) prekinilo odločanje in Sodišču v vsaki zadevi v predhodno odločanje predložilo to vprašanje, katerega besedilo je v obeh primerih enako:

„Ali pravo Unije – in zlasti določbe Pogodbe ES v zvezi s svobodo ustanavljanja in prostim pretokom kapitala, kot jih razlaga Sodišče – nasprotujejo uporabi določbe nacionalnega prava, kot je člen 35(10b) decreto-legge n. 223/2006 (uredba-zakon št. 223/2006) (v delu, v katerem se zaprtim nepremičninskim investicijskim skladom omejuje olajšava za hipotekarni in katastrski davek)?“

32. Sodišče je med postopkom italijanski vladi in družbi UBS Real Estate postavilo vprašanja za pisne odgovore. Družba UBS Real Estate je nanje odgovorila, italijanska vlada pa ne, tako da je treba nekatere vidike njene zakonodaje še potrditi.

IV. Analiza

33. Na začetku je treba spomniti, prvič, da ima Sodišče v skladu s členom 267 PDEU v okviru postopka predhodnega odločanja le pristojnosti za odločanje o razlagi Pogodb ali veljavnosti in razlagi aktov institucij, organov, uradov ali agencij Unije, ne pa o natančni razlagi nacionalne zakonodaje ali združljivosti določb nacionalnega prava s pravnimi pravili Evropske unije oziroma o točnosti vseh dejstev, vsebovanih v spisu.⁹

34. Iz tega sledi, da, po eni strani, Sodišče ni pristojno za odločanje o razlagi mednarodnega sporazuma, ki so ga sklenile države članice, kot je konvencija med Italijo in Nemčijo o preprečevanju dvojnega obdavčevanja. Po drugi strani, kadar Sodišče sprejme predhodno odločbo (in v nasprotju s postopkom za ugotavljanje kršitev), odgovor vedno poda glede na okoliščine, ki mu jih je predstavilo nacionalno sodišče. Zadnjenavedeno je izključno pristojno, da preveri, ali so predložena dejstva točna in ali predpostavka postavljenega vprašanja ustreza položaju iz postopka v glavni stvari, zlasti v zvezi s cilji zadevne zakonodaje.¹⁰

35. Res je, da lahko Sodišče upošteva veljavne dvostranske konvencije med državama članicama kot del pravnega okvira, da bi opredelilo položaj, ki ga je predložitveno sodišče predvidelo v vprašanju za predhodno odločanje, in torej poda za nacionalno sodišče uporabno razlago prava Unije, če pri tem ne odloči o konkretni razlagi, ki jo je treba sprejeti v zvezi s tem.¹¹

36. V obravnavanem primeru pa se ne zdi, da veljavna davčna konvencija med Italijo in Nemčijo utemeljuje izpodbijane odločbe, niti se nacionalno sodišče v svojih dveh vprašanjih ne sklicuje nanjo. V teh okoliščinah ne vidim razloga, da bi se upoštevala pri odgovoru na postavljeni vprašanji.

37. Drugič, glede na to, da se nacionalno sodišče v vprašanjih sklicuje na več svoboščin prostega pretoka, je treba najprej ugotoviti, katere od teh svoboščin so upoštevne.

A. Določitev upoštevni določb Pogodbe

38. Ker nacionalno sodišče v vprašanju navaja svobodo ustanavljanja iz člena 43 ES in prosti pretok kapitala, določen v členu 56 ES, je treba najprej določiti, ali nacionalni ukrep iz postopka v glavni stvari spada na področje svobode ustanavljanja ali prostega pretoka kapitala oziroma na področji obeh.

⁹ Glej v tem smislu sodbi z dne 16. junija 2015, Gauweiler in drugi (C-62/14, EU:C:2015:400, točka 15), in z dne 11. junija 2020, Subdelegación del Gobierno en Guadalajara (C-448/19, EU:C:2020:467, točka 17).

¹⁰ To velja še toliko bolj, ker v nasprotju s postopkom za ugotavljanje kršitev dokaznega bremena ne nosijo stranke, saj je predlog za sprejetje predhodne odločbe postopek med sodišči. Postopek na podlagi člena 267 PDEU namreč ni kontradiktoren postopek, ampak je instrument sodelovanja med Sodiščem in nacionalnimi sodišči, v okviru katerega prvo zadnjim da elemente razlage prava Unije, ki jih ta potrebujejo za rešitev spora, o katerem morajo odločiti. Glej sodbo z dne 15. septembra 2011, Unió de Pagesos de Catalunya (C-197/10, EU:C:2011:590, točka 16).

¹¹ Glej v tem smislu sodbi z dne 19. januarja 2006, Bouanich (C-265/04, EU:C:2006:51, točka 51), in z dne 25. oktobra 2017, Polbud – Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804, točka 27).

39. V skladu s sodno prakso Sodišča je treba pri določanju, ali nacionalni ukrep spada k eni ali več svoboščinam, upoštevati namen zadevne zakonodaje.¹²

40. V zvezi s tem je treba navesti, da je svobodo ustanavljanja mogoče opredeliti kot svobodo ustanovitve ali prenosa družbe v državo članico, ki ni država izvora, pod istimi pogoji, kot veljajo za rezidente.¹³ V skladu s tem se pri navedeni svobodi predpostavlja, da namerava zadevni gospodarski subjekt dejansko opravljati svojo gospodarsko dejavnost prek stalne poslovne enote in za nedoločen čas.¹⁴ Tako lahko na primer v sporu v zvezi z objektom svobodo ustanavljanja uveljavljajo osebe, ki pridobijo ta objekt, če nameravajo v njem opravljati gospodarsko dejavnost.¹⁵

41. Čeprav v Pogodbi ES pojem „pretok kapitala“ ni bil opredeljen – in tudi zdaj ni opredeljen v PDEU – ima Direktiva Sveta z dne 24. junija 1988 o izvajanju člena 67 Pogodbe (88/361/EGS)¹⁶ skupaj s priloženo nomenklaturou in pojasnilom v skladu z ustaljeno sodno prakso značaj napotila glede tega.¹⁷ V skladu s pojasnilom k Direktivi 88/361 čezmejni pretok kapitala vključuje zlasti „[n]akup[e] stavb in zemljišč ter gradnj[o] objektov s strani zasebnih oseb zaradi dobička ali za osebno uporabo“. Res je, da se z uresničevanjem pravice do pridobitve, uporabe nepremičnine ter razpolaganja z njo na ozemlju druge države članice nujno ustvari pretok kapitala.

42. Iz tega sledi, da lahko vsak nacionalni ukrep, ki ureja naložbe nerezidentov v nepremičnine na ozemlju države članice, skoraj neizogibno vpliva tako na svobodo ustanavljanja kot tudi na svobodo prostega pretoka kapitala.¹⁸

43. Vendar v skladu z ustaljeno sodno prakso razlog za predlog za sprejetje predhodne odločbe ni izdaja svetovalnih mnenj o splošnih ali hipotetičnih vprašanjih, ampak potreba po učinkoviti rešitvi spora.¹⁹ Da bi določili, katera svoboščina bi morala biti podlaga za odgovor na vprašanje za predhodno odločanje, je torej treba upoštevati koncept spora iz postopka v glavni stvari. Dejstvo, da lahko nacionalni ukrep posega v obe svoboščini, ne pomeni nujno, da se lahko tožeča stranka v sporu v postopku v glavni stvari sklicuje na navedeni svoboščini. Zato je treba, če je verjetno, da nacionalni ukrep spada na področje obeh svoboščin, zadevni ukrep preučiti le glede na eno od teh dveh svoboščin, če se izkaže, da se lahko tožeča stranka v okoliščinah zadeve opira samo na eno.²⁰

¹² Sodbi z dne 10. februarja 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel in Österreichische Salinen (C-436/08 in C-437/08, EU:C/2011:61, točka 34).

¹³ V tem smislu glej na primer sodbe z dne 28. januarja 1986, Komisija/Francija (270/83, EU:C:1986:37, točka 14); z dne 7. julija 1988, Stanton in L'Étoile 1905 (143/87, EU:C:1988:378, točka 11), in z dne 25. oktobra 2017, Polbud – Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804, točka 33). Menim, da zadostuje, da imajo nerezidenti možnost, da izberejo davčni sistem, ki velja za rezidente. Nerezidenti se nato sami odločijo za ta ali drug davčni sistem, ki je glede na njihov položaj zanje lahko bolj ali manj ugoden.

¹⁴ Glej na primer sodbi z dne 23. februarja 2016, Komisija/Madžarska (C-179/14, EU:C:2016:108, točke od 148 do 150) in z dne 14. novembra 2018, Memoria in Dall'Antonia (C-342/17, EU:C:2018:906, točka 44).

¹⁵ Glej v tem smislu sodbo z dne 21. januarja 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, točka 38).

¹⁶ UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 10, zvezek 1, str. 10. Ta direktiva, ki še vedno velja, je omogočila popolno liberalizacijo pretoka kapitala in je pomenila prvo fazo monetarne unije. Glej sodbo z dne 23. februarja 1995, Bordessa in drugi (C-358/93 in C-416/93, EU:C:1995:54, točka 17).

¹⁷ Sodba z dne 23. februarja 2006, van Hilten-van der Heijden (C-513/03, EU:C:2006:131, točka 39).

¹⁸ Glej v tem smislu sodbo z dne 1. junija 1999, Konle (C-302/97, EU:C:1999:271, točka 22).

¹⁹ Glej na primer sodbo z dne 10. decembra 2018, Wightman in drugi (C-621/18, EU:C:2018:999, točka 28).

²⁰ Glej v tem smislu sodbe z dne 26. junija 2008, Burda (C-284/06, EU:C:2008:365, točki 68 in 69); z dne 18. junija 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377, točki 34 in 35), in z dne 30. aprila 2020, Société Générale (C-565/18, EU:C:2020:318, točka 19). Določitev svoboščin, ki se uporabljajo, je lahko praktičnega pomena, ker je svoboda ustanavljanja zajeta z Direktivo 2006/123/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2006 o storitvah na notranjem trgu (UL 2006, L 376, str. 36).

44. V obravnavanem primeru se iz spisa v zadevi zdi, da sta sklada, ki sta pridobila zadevna poslovna kompleksa, to storila bolj v obliki pasivne naložbe kot za ustanavljanje podjetja ali drugačno uporabo zadevne nepremičnine. Iz tega sledi, da sklada v postopku v glavni stvari nista izkoristili svoje pravice do ustanavljanja, ampak samo svojo pravico do prostega pretoka kapitala.²¹ Zato je treba, kot je navedla Komisija, zatrjevano različno obravnavanje preučiti le z vidika prostega pretoka kapitala.

45. Vendar morata biti za uporabo katere koli svoboščine prostega pretoka, povezane z notranjim trgom, izpolnjena dva pogoja: prvič, položaj iz postopka v glavni stvari ne sme biti izključno notranje vprašanje zadevne države članice;²² drugič, področje nacionalnega ukrepa, katerega združljivost s pravom Unije se izpodbija, še ne sme biti povsem harmonizirano.²³

46. V obravnavanem primeru je prvi pogoj očitno izpolnjen, saj pritožnica nastopa v imenu skladov, za katera se uporablja pravo druge države članice. V zvezi z drugim pogojem, to je določitev, ali je področje, zajeto z ukrepom iz postopka v glavni stvari, že povsem harmonizirano na ravni Unije, je treba upoštevati naravo in učinek navedenega ukrepa in ne dejavnosti, ki jo opravljata sklada.

47. Tu bi bilo mogoče ugotoviti, da se člen 35 uredbe-zakona št. 223/2006 uporablja v primeru prenosov nepremičnin in razpolaganja z njimi za poslovno uporabo in je njegov namen zagotoviti davčno ugodnost, ta ukrep spada v davčno zakonodajo na področju nepremičnin. Jasno je, da s pravom Unije niso harmonizirana davčna pravila, ki se uporabljajo za transakcije z nepremičninami, vključno s primerom, kot je ta v obravnavanem primeru, ko te opravlja „zaprti“ nepremičninski sklad.

48. V teh okoliščinah predlagam, naj se zadevna nacionalna zakonodaja preuči le z vidika prostega pretoka kapitala, določenega v členu 56 ES (zdaj člen 63 PDEU).

B. Obstoj omejitve

1. Preizkus, ki ga je treba uporabiti

49. Najprej je treba opozoriti, da je neposredna obdavčitev v prvi vrsti še vedno prepuščena državam članicam, ki lahko svobodno določijo sistem obdavčitve, ki se jim zdi najprimernejši. Te določijo obseg svoje davčne pristojnosti in temeljna načela svojega davčnega sistema. V trenutnem stanju harmonizacije nacionalnih davčnih ureditev lahko države članice zato svobodno določijo sistem obdavčitve, za katerega menijo, da je najprimernejši.²⁴

²¹ Res je, da je Sodišče je v sodbi z dne 30. maja 1989, Komisija/Grčija (305/87, EU:C:1989:218), predpise o sklepanju pravnih aktov s strani državljanov drugih držav članic v zvezi z nepremičninami v grških obmejnih regijah preučilo z vidika svobode ustanavljanja. Vendar pa je treba opozoriti, da se je ta zadeva nanašala na tožbo zaradi neizpolnitve obveznosti in ne na predlog za sprejetje predhodne odločbe. V predlogu za sprejetje predhodne odločbe je treba pri določanju zadevne svoboščine upoštevati položaj strank (zato je med drugim vprašanje, ali je spor notranji ali ne, odločilno za dopustnost vprašanja). V tožbi zaradi neizpolnitve obveznosti pa Sodišče na splošno odloči o združljivosti zakonodaje s pravom Unije. V zadevi Komisija/Grčija (C-305/87, EU:C:1989:218) se je lahko zadevna zakonodaja glede na njene cilje in vsebino uporabljala tako za navadne vlagatelje kot tudi za osebe, ki so želele z zadevno nepremičnino ustanoviti poslovno enoto.

²² Glej sodbo z dne 15. novembra 2016, Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874), točka 47).

²³ Glej v tem smislu na primer sodbo z dne 16. oktobra 2014, Komisija/Nemčija (C-100/13, neobjavljena, EU:C:2014:2293, točka 62).

²⁴ Glej sodbo z dne 3. marca 2020, Vodafone Magyarorszá (C-75/18, EU:C:2020:139, točka 49). Pravo Unije od držav članic ne zahteva, da se posvetujejo, da bi preprečile dvojno obdavčenje istega dobička ali, obratno, da posamezen dobiček sploh ne bi bil obdavčen. Glej sodbo z dne 26. maja 2016, NN (L) International (C-48/15, EU:C:2016:356, točka 47), ali sodbo z dne 10. februarja 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel in Österreichische Salinen (C-436/08 in C-437/08, EU:C:2011:61, točke od 169 do 172).

50. V navedenih okoliščinah teh svoboščin prostega pretoka ni mogoče razumeti tako, da je država članica dolžna prilagajati svoja davčna pravila tistim v drugih državah članicah, da bi se zagotovila odprava neenakosti v vseh primerih.²⁵ Zato se neugodnosti, ki lahko nastanejo zaradi vzporednega izvrševanja suverene davčne pristojnosti držav članic, same po sebi ne bi smele šteti za omejitve prostega pretoka kapitala.²⁶ Če bi to dejansko bilo tako, bi bila zmožnost držav članic za pobiranje davkov neupravičeno omejena. V teh okoliščinah je treba sprejeti, da kvaziomejitve zaradi hkratnega obstoja dveh sistemov obdavčitve ne spadajo na področje uporabe Pogodbe.²⁷

51. Vendar pa morajo države članice svojo davčno pristojnost izvrševati v skladu s prostim pretokom, kar pomeni, da leta 2006 niso smele sprejeti ukrepov, ki so bili s členom 56(1) ES (zdaj 63(1) PDEU) prepovedani.²⁸

52. Sodišče v zvezi z obdavčitvijo na splošno bolj sledi omejevalnemu pristopu kot v drugih zadevah glede presoje upoštevanja svoboščin prostega pretoka. Res je, da sodišče v teh drugih zadevah sicer ugotovi, da je šlo za omejitev takoj, ko so se z zadevno nacionalno davčno zakonodajo omejevale čezmejne transakcije, vendar pa je treba ugotoviti, da je neka dejavnost ali transakcija že zaradi samega dejstva, da se obdavči z določenim davkom, manj zanimiva. Zato Sodišče, da zmožnost držav članic za pobiranje davkov ne bi bila neupravičeno ovirana, načeloma šteje, da mora ukrep obdavčitve, da bi se zato opredelil kot omejitev, povzročiti tudi posredno ali neposredno diskriminacijo v škodo čezmejnega vlagatelja.²⁹ Zato Sodišče načeloma zahteva, da je ukrep mogoče razglasiti za nezdružljiv s pravom Unije le po opravljenem preizkusu primerljivosti.³⁰

53. Na splošno se ukrep šteje za diskriminatoren, če je njegov cilj ali učinek, da se primerljivi položaji različno obravnavajo, ali nasprotno, da se različni položaji obravnavajo enako.³¹

54. Glede na to, da je cilj svoboščin prostega pretoka dokončna vzpostavitev notranjega trga, je Sodišče prvotno uporabilo poseben opredelitev na tem področju. Kadar je s Pogodbo prepovedana uporaba posebnega merila, neposredna diskriminacija nastopi, kadar se oseba na podlagi navedenega merila izrecno obravnava manj ugodno. Za posredno diskriminacijo pa gre, kadar je uporabljeno merilo navidezno nevtralnno, v praksi pa je oseba, ki izpolnjuje prepovedano merilo, v primerjavi z drugimi postavljena v manj ugoden položaj.³² V skladu s tem pristopom je

²⁵ Glej na primer sodbo z dne 27. februarja 2020, AURES Holdings (C-405/18, EU:C:2020:127, točka 32).

²⁶ Sodba z dne 16. julija 2009, Damseaux (C-128/08, EU:C:2009:471, točka 27).

²⁷ Glej v tem smislu sodbo z dne 14. novembra 2006, Kerckhaert in Morres (C-513/04, EU:C:2006:713, točka 20), in sklepne predloge generalnega pravobranilca L. A. Geelhoeda v zadevi Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, EU:C:2006:139, točka 39).

²⁸ Glej na primer sodbo z dne 12. septembra 2006, Cadbury Schweppes in Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, točka 40).

²⁹ Glej v tem smislu sodbi z dne 6. decembra 2007, Columbus Container Services (C-298/05, EU:C:2007:754, točka 53), in z dne 26. maja 2016, NN (L) International (C-48/15, EU:C:2016:356, točka 47). Res je, da v skladu z nekaterimi sodbami „ukrepi, ki so s členom [56(1) ES] prepovedani, ker omejujejo pretok kapitala, obsegajo vse take ukrepe, ki bi lahko odvrčali naložbe nerezidentov v državi članici ali bi lahko odvrčali rezidente te države članice od naložb v drugih državah članicah“ (Glej na primer sodbo z dne 10. maja 2012, Santander Asset Management SGIIC in drugi (od C-338/11 do C-347/11, EU:C:2012:286, točka 15. Moj poudarek. Vendar to ne pomeni, da dejstvo, da ima ukrep take učinke, zadošča, da se šteje za omejitev. Glej točki 23 in 39 te sodbe).

³⁰ Generalna pravobranilka J. Kokott je predlagala, naj se opusti preizkus nediskriminatornosti, in se je namesto tega zavzemala, da bi se na davčnem področju uporabil enak preizkus, kot se uporablja na drugih področjih. Sodišče pa njenim sklepnim predlogom v tem pogledu ni sledilo. Glej sklepne predloge generalne pravobranilke J. Kokott v zadevi Nordea Bank (C-48/13, EU:C:2014:153, točka 22), sodba z dne 17. julija 2014, Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087, točki 23 in 24).

³¹ Glej na primer sodbi z dne 13. marca 2014, Bouanich (C-375/12, EU:C:2014:138, točka 45), in z dne 30. aprila 2020, Société Générale (C-565/18, EU:C:2020:318, točki 24 in 25).

³² Glej sklepne predloge generalnega pravobranilca N. Wahla v zadevi Avstrija/Nemčija (C-591/17, EU:C:2019:99, točka 42). Glej v tem smislu tudi člen 2(1) Direktive 2006/54/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 5. julija 2006 o uresničevanju načela enakih možnosti ter enakega obravnavanja moških in žensk pri zaposlovanju in poklicnem delu (UL 2006, L 204, str. 23).

Sodišče v okviru izvrševanja svoboščin prostega pretoka, vključno s prostim pretokom kapitala, menilo, da je šlo za neposredno diskriminacijo, kadar je ukrep povzročil razlikovanje glede na državljanstvo, posredna diskriminacija pa, kadar je ukrep, čeprav je temeljil na drugem merilu, kot je prebivališče, pravzaprav privedel do istega rezultata.³³

55. Pomembno pa je poudariti, da je Sodišče v zadnjem desetletju pogosteje (ne pa vedno)³⁴ poseglo po splošni opredelitvi pojma diskriminacije, navedeni v točki 53 teh sklepnih predlogov, kar sproža številna morebitna vprašanja.

56. Prvič, težko se je izogniti ugotovitvi, da bi lahko ta splošnejši pristop privedel do paradoksalnega rezultata, da če zakonodajni akt sledi očitno diskriminatornemu cilju, diskriminacija ne bo ugotovljena, ker bi bilo treba v skladu s tem ciljem zadevne položaje šteti za različne.

57. Drugič, zdi se, da navedeni pristop ni povsem v skladu s pristopom, ki je bil prav tako uporabljenem v nekaterih podobnih sodbah, in sicer, da se preuči primerljivost položajev v fazi utemeljitve, medtem ko je v skladu s splošno opredelitvijo pojma diskriminacija primerljivost zadevnih položajev del opredelitve samega pojma diskriminacije.³⁵

58. Tretjič, če je treba primerljivost oceniti ob upoštevanju ciljev, ki jim sledi zadevna zakonodaja, je logično, da se, preden se opravi primerjava, najprej preuči, ali je zastavljeni cilj dopusten. V tem položaju se lahko pojavi vprašanje, kaj je v fazi utemeljitve še treba preučiti.

59. Menim, da ne glede na izbrani pristop v primeru neposredne diskriminacije, to je diskriminacije zaradi cilja, na splošno ni treba presojeti, ali so zadevni položaji strogo primerljivi, saj se primerljivost lahko domneva.

60. V zvezi s fazo, v kateri je treba opraviti primerjavo, je mogoče ugotoviti, da sodna praksa o tej temi ne razlikuje vedno jasno glede različnih faz preizkusa (to je, ali ukrepi pomenijo omejitve, in če jo, ali je ta objektivno utemeljena), ampak le na splošno preuči, ali je ta ukrep v nasprotju s Pogodbama.³⁶ Vsekakor, tudi če bi nekateri za to metodologijo šteli, da ni zadovoljiva, ugotavljam, da, v okviru postopka za sprejetje predhodne odločbe faza, v kateri se preuči primerljivost nima praktičnega učinka, če se seveda taka preučitev opravi.³⁷

³³ Glej na primer sodbe z dne 14. februarja 1995, Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, točke od 26 do 29); z dne 20. januarja 2011, Komisija/Grčija (C-155/09, EU:C:2011:22, točka 46); z dne 19. novembra 2015, Hirvonen (C-632/13, EU:C:2015:765, točka 28), in z dne 18. junija 2020, Komisija/Madžarska (Preglednost društev) (C-78/18, EU:C:2020:476, točka 62). Zdi se, da je ta pristop v skladu s sodno prakso, po kateri svoboščine prostega pretoka pomenijo odklone od načela nediskriminacije na podlagi državljanstva iz člena 12 ES (zdaj člen 18 PDEU), tako da kadar se te svoboščine uporabljajo, te določbe ni treba samodejno uporabljati. Glej na primer sodbo z dne 21. januarja 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, točka 31).

³⁴ Glede nedavnega primera uporabe prvega pristopa glej sodbo z dne 3. marca 2020, Tesco-Global Áruházak (C-323/18, EU:C:2020:140, točka 62).

³⁵ Res je, da člen 58(1)(a) ES (zdaj 65(1)(1) PDEU) določa, da „[d]oločbe člena 56 ne posegajo v pravice držav članic, da [...] uporabljajo ustrezne predpise svojega davčnega prava, v katerih so različno obravnavani davčni zavezanci, ki niso v enakem položaju glede na prebivališče ali kraj, v katerem je naložen njihov kapital“. Kot pa sem pojasnil v svojih sklepnih predlogih v zadevi E (Dohodki, ki jih izplačajo KNPVP) (C-480/19, EU:C:2020:942), izraz „ne posegajo v pravice držav članic“ ne pomeni, da obstaja izjema, ampak da lahko države članice v nekaterih okoliščinah, v katerih je to lahko pomembno, za nerezidente določijo drugačna pravila. Zato menim, da člen 56(1)(a) ES zlasti v povezavi s tretjim odstavkom navedenega člena v zvezi z merilom prebivališča zgolj opozarja, v katerem primeru je uporaba takega merila, čeprav enakovrednega državljanstvu, združljiva s pravom Unije, to je, da lahko te države članice na podlagi tega merila osebe obravnavajo različno, če to ne pomeni sredstva samovoljne diskriminacije ali prikritega omejevanja, kar predpostavlja, da obstaja utemeljitev za uporabljeno merilo (samovoljna diskriminacija) in da se glede na to utemeljitev, to različno obravnavanje ne zdi neskladno (prikrita diskriminacija). Za primer sodbe, v kateri je bila primerjava položajev opravljena v fazi opredelitve ukrepa kot omejitve, glej sodbo z dne 23. januarja 2014, DMC (C-164/12, EU:C:2014:20, točka 42).

³⁶ Glej na primer sodbo z dne 30. aprila 2020, Société Générale (C-565/18, EU:C:2020:318, točka 26).

³⁷ Vendar pa je to vprašanje lahko pomembno v okviru tožbe zaradi neizpolnitve obveznosti, če je dokazno breme glede omejitve na Komisiji, glede utemeljitve pa na državi članici.

61. Nazadnje, v zvezi s cilji, ki jih je treba upoštevati pri preučitvi primerljivosti oziroma utemeljitve, menim, da je vse pomisleke glede tega mogoče brez težav odpraviti. Kar je pomembno za primerjavo, je *cilj*, ki mu sledi *davčna ugodnost ali neugodnost, katere uporaba je sporna*, medtem ko so v fazi preučitve možnih utemeljitev cilji, ki jih je treba upoštevati, *cilji, ki so v okviru tega ukrepa posebej zastavljeni z merilom, ki je privedlo do uporabe ali, odvisno od položaja, do zavrnitve tega ukrepa* v čezmejnem položaju ali zadevnem poslu.³⁸

62. Menim, da je treba v zvezi s tem pri preučitvi primerljivosti položajev – ne glede na to, ali se šteje kot pogoj za opredelitev pojma omejitve ali kot utemeljitev – upoštevati, da je merilo primerjave, ki ga je treba uporabiti pri presoji, ali je različno obravnavanje, ki izhaja iz zadevne ureditve, odraz tega, da so položaji v danem položaju objektivno različni, odvisno od ciljev, ki jim sledi zadevna zakonodaja.³⁹

63. V tem okviru je treba tudi poudariti, da dejstvo, da se subjektu, za katerega velja tuje pravo in katerega pravnoorganizacijska oblika v državi gostiteljici ni znana, zavrne posebna davčna ugodnost, določena za druge kategorije subjektov, *samo po sebi* ne zadostuje za ugotovitev, da zadevna zakonodaja neupravičeno omejuje prosti pretok kapitala. Tako pravilo je res lahko povsem v skladu z drugo izbiro te države članice, in sicer, da izplačane dobičke obdavči glede na pravni status subjekta, ki opravi izplačilo, in ne glede na naravo dejavnosti, ki jo opravlja.⁴⁰ Kot sem na primer pojasnil v svojih sklepnih predlogih v zadevi E (Dohodki, ki jih izplačajo KNPVP) (C-480/19, EU:C:2020:942), je povsem smiselno, da država članica uporabi davčna pravila o obdavčitvi dividend za dohodke, ki jih izplačajo skladi s statusom pravne osebe, čeprav zadevna država članica ne omogoča, da so njeni skladi ustanovljeni v navedeni obliki.

64. Napačno pa bi bilo izključiti vsa tveganja posredne diskriminacije, tudi če je verjetno, da bodo nekateri tuji subjekti upoštevno merilo izpolnili. Če uporabljeno merilo učinkuje tako, da tuje subjekte izključi le delno – na primer subjekte, ki so izbrali določeno obliko družbe – pa lahko dejstvo, da najverjetneje samo tuji subjekti ne bodo izpolnili enega ali več pogojev, potrebnih za upravičenost do davčne ugodnosti, vseeno vzbudi pomisleke o resničnih namerah nacionalne zakonodaje.⁴¹

65. V tovrstnem položaju je zato zelo pomembno preučiti primerljivost položajev navedenih tujih subjektov, da se oceni, ali je izbira navedenega merila v skladu z logiko nacionalnega prava in torej, ali je dejstvo, da navedenega merila najverjetneje ne bodo izpolnili samo tuji subjekti, preprosta posledica izbire države članice, da ni določila te posamezne pravne oblike, ali pa nasprotno, to pomeni posredno sredstvo za dajanje prednosti nacionalnim podjetjem.

³⁸ Glej v tem smislu sodbi z dne 13. novembra 2019, College Pension Plan of British Columbia (C-641/17, EU:C:2019:960, točki 65 in 66), in z dne 23. januarja 2014, DMC (C-164/12, EU:C:2014:20, točka 42).

³⁹ Glej na primer sodbi z dne 10. maja 2012, Santander Asset Management SGIIC in drugi (od C-338/11 do C-347/11, EU:C:2012:286, točka 28), in z dne 2. junija 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402), točka 49).

⁴⁰ Res je, da je Sodišče je v točki 50 sodbe z dne 18. junija 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377), presodilo, da „okolščina, da v [državi članici] ne obstaja vrsta družbe, ki bi imela enako pravno obliko kot družba [v zadevnem pravu], ne more upravičiti drugačnega obravnavanja, če bi to – ker pravo družb držav članic ni bilo v celoti usklajeno na ravni [Unije] – odvzelo polni učinek svobodi ustanavljanja“. Vendar Sodišče na obstoj omejitve ni sklepalo zgolj iz okoliščine, da ta pravna oblika ni obstajala v nacionalni zakonodaji, ampak samo, da *taka okoliščina sama po sebi ne pomeni utemeljitve*. Kar je pomembno za ugotovitev omejitve, je, da bi bilo treba glede na cilje, zastavljene z zadevnim ukrepom, in uporabljena davčna načela, to obliko družbe obravnavati enako kot drugo obliko družbe, ki obstaja v nacionalnem pravu.

⁴¹ Glej v tem smislu sodbi z dne 9. oktobra 2014, van Caster (C-326/12, EU:C:2014:2269, točki 36 in 37), in z dne 8. junija 2017, Van der Weegen in drugi (C-580/15, EU:C:2017:429, točka 29).

66. Nazadnje je treba spomniti, da je lahko različno obravnavanje združljivo s pravom Unije le, če je v primeru neposredne diskriminacije utemeljeno z enim od razlogov, izrecno določenih s Pogodbama,⁴² ali v primeru posredne diskriminacije tudi z nujnimi razlogi v javnem interesu, in v obeh primerih le, če je ukrep nacionalnega prava primeren za zagotovitev uresničitve zadevnega cilja in ne presega tega, kar je potrebno za njegovo uresničitev.⁴³

67. Glede na zgoraj navedeno predlagam, naj se odgovori na vprašanje predložitvenega sodišča.

2. Zahtevak

68. Najprej je treba poudariti, da člen 35(10b) uredbe-zakona št. 223/2006 pogojuje možnost znižanja stopnje hipotekarnega in katastrskega davka z *dvema posebnima pogojema*, in sicer, prvič, da mora biti vložnik zahtevka zaprt nepremičninski sklad, in drugič, da se mora zanj uporabljati člen 37 zakonske uredbe št. 58/1998.

69. Čeprav se vprašanje, ki ga je predložitveno sodišče predložilo v obravnavanem primeru, nanaša samo na prvi pogoj, bom vseeno predstavil nekaj ugotovitev v zvezi z drugim pogojem. Ob tem, da je treba, kot sem navedel, vedno upoštevati, da je predložitveno sodišče na koncu odgovorno za razlago svoje zakonodaje, menim, da – glede na to, da gre za različna pogoja – se lahko z vsakim od njiju utemelji zavrnitev uporabe 50-odstotnega znižanja davčnih stopenj za zadevna nepremičninska sklada.

a) Drugi pogoj iz člena 35(10b) uredbe-zakona št. 223/2006

70. Pritožnica trdi, da *drugi pogoj* vzpostavlja neposredno diskriminacijo, saj se člen 37 zakonske uredbe št. 58/1998 uporablja *le za sklade, za katere se uporablja italijansko pravo*.

71. Čeprav iz informacij, ki jih je predložilo predložitveno sodišče, ni jasno, kakšno je bilo področje uporabe člena 37 zakonske uredbe št. 58/1998 v času dejanskega stanja,⁴⁴ je treba poudariti, da če bi se izkazalo, da se je ta določba uporabljala bodisi le za sklade, ustanovljene na podlagi italijanskega prava (za sklade, ustanovljene po statutu), bodisi za sklade, za katerih pogodbo velja italijansko pravo (skladi, ustanovljeni po pogodbenem pravu), bodisi sklade, katerih družba za upravljanje ima sedež v Italiji, *bi* drugi pogoj pomenil neposredno diskriminacijo. V navedenih okoliščinah bi bilo namreč sklicevanje v členu 35(10b) uredbe-zakona št. 223/2006 na člen 37 zakonske uredbe št. 58/1998 popolnoma enako temu, kot če bi se za uporabo člena 35(10b) navedene uredbe-zakona določilo merilo „državljanstva“ sklada.⁴⁵

⁴² V zvezi z davčnimi ukrepi glej sklepne predloge generalnega pravobranilca A. Tizzana v zadevi SEVIC Systems (C-411/03, EU:C:2005:437, točka 55) ali splošneje sodbo z dne 7. oktobra 1997, Pistre in drugi (od C-321/94 do C-324/94, EU:C:1997:229, točka 52).

⁴³ Glej na primer sodbo z dne 26. februarja 2019, X (Posredniške družbe s sedežem v tretjih državah) (C-135/17, EU:C:2019:136, točka 70).

⁴⁴ Kot sem pojasnil, v času dogodkov Direktiva o AIS še ni bila sprejeta. Poleg tega nepremičninski skladi niso spadali na področje uporabe Direktive Sveta z dne 20. decembra 1985 o usklajevanju zakonov in drugih predpisov o kolektivnih naložbenih podjemih za vlaganja v prenosljive vrednostne papirje (KNPVP) (85/611/EGS), ki je določala načelo nadzora v domači državi, ker naj ti ne bi nalagali v prenosljive vrednostne papirje in/ali druga likvidna finančna sredstva, kot je navedeno v členu 1 Direktive 85/611.

⁴⁵ To ne bi bila posredna diskriminacija, saj bi se uporabljeno merilo, čeprav s sklicevanjem, neposredno nanašalo na to, ali je transakcija čezmejna.

72. Kot sem pojasnil, je neposredno diskriminacijo mogoče utemeljiti le z razlogi, ki so izrecno določeni v Pogodbah in ki so v okviru prostega pretoka kapitala v bistvu določeni s členom 58(1)(b) ES (zdaj 65(1)(b) PDEU), in sicer varovanje javnega reda in javne varnosti,⁴⁶ ki vključuje boj proti davčni utaji ali goljufiji in potrebo po preprečevanju neutemeljenih davčnih ugodnosti.

73. Zato, če bi se izkazalo, da se člen 37 zakonske uredbe št. 58/1998 uporablja *le* za sklade, za katere se uporablja italijansko pravo, ali sklade, ki jih upravljajo družbe, za katere se uporablja to pravo, se zdi težko razumeti, kako bi bilo za enega od teh razlogov mogoče šteti, da je bil ugotovljen, saj se zdi, da je izogibanje davkom glede na naravo zadevnih davkov enako ne glede na „državljanstvo“ zadevnih skladov. Tudi če bi navedeno merilo sledilo razlogu javnega reda, ki daje prednost „zaprtim“ nepremičninskim skladom (kar je podrobneje obravnavano v nadaljevanju), da se prepreči sistemsko tveganje, se zdi, da bi navedeno tveganje ostalo enako ne glede na „državljanstvo“ skladov.

b) Prvi pogoj iz člena 35(10b) uredbe-zakona št. 223/2006

1) Obstoj omejitve

74. V zvezi s *prvim pogojem* je treba ugotoviti, da ni neposredno povezan z zakonom, ki se uporablja za sklada, zato neposredne diskriminacije ni mogoče ugotoviti.

75. Glede vprašanja možnega obstoja posredne diskriminacije pa je treba preučiti, ali je uporabljeno merilo – in sicer, ali je posamezni nepremičninski sklad „zaprt“ ali ne – merilo, s katerim se – čeprav je navidezno nevtrarno – v praksi sklade, za katere se uporablja tuje pravo, postavlja v manj ugoden davčni položaj. Za to pa je treba, da to merilo učinkuje tako, da sklade, za katere se uporablja tuje pravo, obravnava manj ugodno, čeprav so ob upoštevanju ciljev, zastavljenih z zadevnim davčnim ukrepom, v enakem položaju kot skladi, za katere se uporablja nacionalno pravo. S tega vidika je, kot je bilo razloženo zgoraj, o posredni diskriminaciji mogoče domnevati, če so edini subjekti, ki uporabljenega merila najverjetneje ne bodo izpolnili, subjekti, za katere se uporablja tuje pravo.⁴⁷

76. Čeprav so v obravnavanem primeru pri pridobitvi nepremičnine z zadevnima davkoma obdavčeni tako odprti kot tudi zaprti skladi, prvi pogoj določa, da so do 50-odstotnega znižanja davkov upravičeni le zadnjenavedeni. Na podlagi člena 12a ministrske uredbe št. 228/1999 so nepremičninski skladi v Italiji lahko ustanovljeni le v zaprti obliki. Iz tega sledi, da tega pogoja najverjetneje ne bodo izpolnili samo skladi, za katere se uporablja drugo pravo. V teh posebnih okoliščinah je torej treba domnevati, da uporaba tega merila, čeprav je na prvi pogled nevtrarno, pripelje do različnega obravnavanja na škodo nekaterih čezmejnih položajev.

77. Tako različno obravnavanje pa lahko pomeni le posredno diskriminacijo – in zato omejitev v smislu člena 56 ES (zdaj člen 63 PDEU) – če je mogoče za odprte in zaprte sklade šteti, da so v resnično primerljivih položajih glede na cilje, ki so se želeli doseči z zakonodajo ob podelitvi davčne ugodnosti, katere uveljavitev se zahteva, in sicer v tem primeru odobritev 50-odstotnega znižanja veljavnih davčnih stopenj.

⁴⁶ Glej člen 58(1)(b) ES.

⁴⁷ Glej v tem smislu sodbo z dne 18. junija 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377, točka 50).

78. Neposredno razvidna težava je, da predložitveno sodišče ni bilo zelo jasno, *zakaj* je bila z italijanskim pravom podeljena ta davčno ugodnost. Sodišče je v predlogu za sprejetje predhodne odločbe navedlo le, da se je „v zadnjih letih italijanska davčna ureditev v zvezi z zaprtimi nepremičninskimi investicijskimi skladi zelo spreminjala, gibalo sprememb pa sta bila dva nasprotujoča si cilja, in sicer, na eni strani, spodbujanje razvoja posebnega orodja za upravljanje sredstev, in na drugi strani, omejevanje njegove uporabe zaradi izogibanja“. Vendar pa je težko ugotoviti, ali se ta izjava nanaša na člen 35(10b) uredbe-zakona št. 223/2006 ali pa je le pojasnilo okvira obravnavanega primera, katerega namen je pojasniti splošne razloge v ozadju različnih posegov nacionalnega zakonodajalca v zvezi z davčno ureditvijo investicijskih skladov.

79. Tudi če se predpostavi, da se ta razlaga nanaša posebej na člen 35(10b) uredbe-zakona št. 223/2006, bi bilo to namenjeno zgolj pojasnilu, *zakaj* so odprti skladi izvzeti iz ugodnosti navedene določbe, ne pa, *zakaj* je bila taka davčna ugodnost podeljena.

80. V tem okviru je edino resno pojasnilo cilja 50-odstotnega znižanja davčnih stopenj podala družba UBS Real Estate. Po njenih navedbah je bil resnični cilj prava preprečiti oškodovanje skladov, ki pogosto opravljajo nakupe in nadaljnje prodaje,⁴⁸ ker bi bile z ekonomskega vidika te transakcije obdavčene dvakrat.⁴⁹

81. Če je to bilo tako – kar pa mora preveriti nacionalno sodišče – bi bilo treba ugotoviti, da je treba z vidika takega cilja za vse nepremičninske sklade, tako odprte kot tudi zaprte, šteti, da so v enakem položaju, tako da bi jih bilo treba načeloma obravnavati enako.

82. Iz tega sledi, da če je to bil resnični razlog, da je Italija možnost znižanja zadevnih davčnih stopenj zagotovila in to ugodnost omejila zgolj na zaprte sklade, bi to pomenilo posredno diskriminacijo. Enako bi veljalo, če predložitveno sodišče ne bi moglo razbrati nobenega jasnega cilja za to davčno ugodnost.

83. Ker pa je bil namen omejitve te ugodnosti na zaprte sklade lahko bil le zagotoviti uresničitev nekaterih drugih ciljev javnega interesa, se bom zdaj lotil tega vprašanja.

2) *Obstoj utemeljitve*

84. Kot sem že poskušal pojasniti, je lahko posredna diskriminacija združljiva s Pogodbama, če se zdi utemeljena z nujnim razlogom v javnem interesu.

85. Predložitveno sodišče se je v zvezi s tem v bistvu sklicevalo na dva cilja, ki naj bi se uresničevala s prvim pogojem, določenim v členu 35(10b) uredbe-zakona št. 223/2006. Prvi je naj bi bil podpreti in spodbujati razvoj kolektivnih nepremičninskih investicijskih skladov, ki niso izrazito špekulativni in tvegani, drugi pa omejiti sistemska tveganja na nepremičninskem (in

⁴⁸ Za ugotovitev, da člen 35(10b) uredbe-zakona št. 223/2006 sledi takemu cilju, se pritožnica sklicuje na študijo št. 2/2009/T Consiglio nazionale del Notariato (nacionalni svet notarjev, Italija) z dne 15. maja 2009, naslovljeno „Il regime tributario dei fondi immobiliari“ (Davčni sistem za nepremičninske sklade), in na dokument Assonime (zveza italijanskih delniških družb). Čeprav noben od teh dokumentov ni uradni pravni vir, je v obeh navedeno, da se pri uporabi davka v zvezi s pridobitvijo nepremičnine za poslovno uporabo upošteva dejstvo, da taki subjekti po pridobitvi navedene nepremičnine to obvezno prodajo naprej, saj so nepremičninski skladi ustanovljeni za določeno obdobje, v katerem se kupljena nepremičnina proda naprej.

⁴⁹ S pravnega vidika se zdi, da to ni tako, saj davčni zavezanec v času nakupa in nadaljnje prodaje ne bo isti. Čeprav ni jasno, kako bi ta pojav posebej vplival na investicijske sklade – saj se zdi, da je ta „dvojna“ obdavčitev preprosto posledica izvedbe dveh različnih pravnih transakcij – pa možnosti, da je to zares cilj, ki mu je sledil italijanski zakonodajalec, ni mogoče izključiti.

širšem bančnem) trgu v primeru krize.⁵⁰ Poleg teh dveh ciljev je Komisija navedla tudi boj proti davčni utaji. Nazadnje je italijanska vlada navedla drugo utemeljitev, in sicer ohranjanje doslednosti italijanskega sistema, saj italijansko pravo priznava zaprte investicijske sklade kot edino vrsto skladov, ki lahko pridobivajo nepremičnine.⁵¹

86. Prvič, v zvezi s ciljem, ki ga je navedla Komisija, čeprav je naslov člena 35 uredbe-zakona št. 223/2006 „Ukrepi za boj proti davčni utaji in izogibanju davkom“, se povsem strinjam s stališčem Komisije, da če bi to zares bil zastavljeni cilj, bi bilo prvo merilo povsem neprimerno za doseganje takega cilja. To bi bilo namreč enako, kot da bi se predpostavilo, da so pridobitve odprtih skladov goljufile. Poleg tega je mogoče v skladu z ustaljeno sodno prakso s trditvijo, ki temelji na taki utemeljitvi, uspeti samo, če je ugotovljen obstoj neposredne zveze med zadevno davčno ugodnostjo in nadomestitvijo te ugodnosti z določenim davčnim odtegljajem, kar pa tukaj ni tako.⁵²

87. Drugič, v zvezi z utemeljitvijo italijanske vlade ugotavljam, da taka utemeljitev ni v skladu s sodno prakso, v skladu s katero lahko posredna diskriminacija izvira iz dejstva, da nerezidenti najverjetneje ne bodo izpolnili enega ali več pogojev, ki se zahtevajo za upravičenje do davčne ureditve, oziroma da bi te pogoje le s težavo izpolnili.⁵³

88. V zvezi s prvim ciljem, ki ga je predložitveno sodišče navedlo v povezavi z bojem proti izrazito špekulativnim pridobitvam in negotovim nameram, ter ne glede na to, ali tak cilj pomeni nujni razlog v javnem interesu po pravu Unije, se zdi, da se z njim ne utemeljuje prvi pogoj za uporabo člena 35(10b) uredbe-zakona št. 223/2006. Kot je poudarila družba UBS Real Estate, se namreč zaprta ali odprta narava sklada nanaša na možnost, da vlagatelji zahtevajo, da skladi izplačajo njihove naložbe (izražene v številu enot premoženja v njihovi lasti). Seveda lahko navedena narava vpliva na način upravljanja sklada, saj zlasti dejstvo, da lahko vlagatelji zahtevajo, da se njihove enote premoženja kadar koli izplačajo, zavezuje sklad, da ohranja likvidnost za izpolnitev razumnega števila zahtevkov. Vendar pa se to vprašanje ne zdi povezano z ravno špekulacij naložb navedenega sklada ali bolj ali manj gotovo naravo njegove namere v zvezi s tem.

89. Če se nacionalno sodišče z navedenim razlogom namerava sklicevati na cilj, ki bi bil spodbujanje dolgoročnega pridobivanja nepremičnin in ne kratkoročnih špekulativnih pridobitev – zlasti ker bi lahko zadnjenavedene prispevale k umetnemu zvišanju cen in s tem k težavi dostopa do nepremičnin – potem zgolj s tem premislekom, čeprav je ustrezen, in v teh posebnih okoliščinah ni mogoče utemeljiti takega različnega obravnavanja odprtih in zaprtih skladov. Res je, da je v naravi zaprtega sklada, da vlagatelji svojih pravic do izplačila ne morejo

⁵⁰ V zvezi s tem je treba poudariti, da se člen 35(10b) uredbe-zakona št. 223/2006 uporablja ne glede na to, ali se zadevni sklad razdeli v Italiji, ker se uporablja za pridobitev nepremičnine s strani sklada. Zato se Italija ne more sklicevati na potrebo po zaščiti vlagateljev.

⁵¹ Vsekakor v skladu s členom 267 PDEU Sodišče ni pristojno, da bi v okviru odločanja o predlogu za sprejetje predhodne presoje, ali predložitveno sodišče nacionalne določbe pravilno razlaga, in *a fortiori* ugotavljalo, katerim ciljem sledi ukrep. Glej v tem smislu sodbe z dne 21. oktobra 2010, Padawan (C-467/08, EU:C:2010:620), točka 22); z dne 15. septembra 2011, Gueye (C-483/09 in C-1/10, EU:C:2011:583, točka 42), in z dne 21. junija 2016, New Valmar (C-15/15, EU:C:2016:464, točki 25 in 26). Kot je bilo že obrazloženo, ker dokazno breme ni na zadevni državi članici, je treba upoštevati, da ko Sodišče odloča o predlogu za sprejetje predhodne odločbe, to vedno stori samo na podlagi utemeljitev predložitvenega sodišča in včasih strank, pri čemer pa ima določeno polje proste presoje. Zato je lahko odgovor Sodišča za spor brezpredmeten, če se izkaže, da utemeljitve niso bile pravilne, čeprav je upravičen glede na okoliščine, ki jih je opisalo predložitveno sodišče. Enako velja, kadar je ugotovljeno, da nekaterih določb nacionalne zakonodaje, čeprav so upoštevne, nacionalno sodišče ni navedlo, ali kadar se izkaže, da se navedene določbe za spor v postopku v glavni stvari dejansko niso uporabljale, zlasti *ratione temporis*. Čeprav je to obžalovanja vredno in vir nesporazumov za državljane Unije, je to posledica postopka predhodnega odločanja, v katerem Sodišče v nasprotju z nacionalnim vrhovnim sodiščem ni pristojno za razlago nacionalnega prava in se mora zato opirati na izjave predložitvenega sodišča.

⁵² Glej na primer sodbo z dne 1. decembra 2011, Komisija/Belgija (C-250/08, EU:C:2011:793, točka 71).

⁵³ Kot pa sem že pojasnil, okoliščina, da ima subjekt obliko, ki v državi gostiteljici ni priznana, te države članice ne zavezuje, da za navedeni subjekt uporabi najugodnejšo veljavno davčno ureditev, ampak preprosto ureditev, ki izhaja iz dosledne uporabe meril, ki jih določa nacionalna zakonodaja.

izvrševati, kadar koli to želijo. Vendar pa jih ta značilnost zaprtega sklada ne zavezuje, da pridobljene nepremičnine obdržijo dlje, kot če bi bili odprti skladi. Ker se prvi pogoj, določen v členu 35(10b), ne zdi v skladu s takim ciljem, se z njim ne more zagotoviti zahtevana utemeljitev cilja.

90. Druga utemeljitev predložitvenega sodišča je, da želi nacionalna zakonodaja v bistvu preprečiti to, kar bi se lahko imenovalo učinek „snežne kepe“ na poslovne nepremičnine. V tem okviru je predložitveno sodišče pojasnilo, da če bi po padanju cen nepremičnin prišlo do krize na trgu, bi to lahko v primeru odprtih skladov številne vlagatelje spodbudilo, da zahtevajo predčasno vračilo dela vloženih zneskov. Ta pojav bi lahko privedel do zmanjšanja likvidnostnih rezerv skladov, ki bi po potrebi morali prodati delež nepremičnin pod knjigovodsko vrednostjo, da bi se zadovoljilo povpraševanju po izplačilu enot premoženja.⁵⁴ Za preprečevanje takega tveganja bi bilo torej utemeljeno spodbujati zgolj razvoj zaprtih skladov – in ne glede na to, katero pravo se zanje uporablja – z omejevanjem nekaterih davčnih ugodnosti nanje, kot je ugodnost iz člena 35(10b) uredbe-zakona št. 223/2006.

91. V zvezi s tem je cilj, katerega namen je omejiti sistemsko tveganje, očitno nujni razlog v javnem interesu v smislu prava Unije.⁵⁵ Sistemska tveganja so dejansko očitno zaskrbljujoča, kot ponazarja dejstvo, da je Evropska unija sprejela uredbo, namenjeno omejevanju takih tveganj v zvezi s finančnimi trgi.⁵⁶

92. Da bi bila tovrstna posredna diskriminacija vseeno združljiva s pravom Unije, mora ne samo uresničevati nujni razlog v javnem interesu, ampak mora biti tudi sorazmerna z doseganjem navedenega razloga. To pomeni, da je sprejeti ukrep (v obravnavani zadevi izvzetje odprtih skladov iz ugodnosti 50-odstotnega znižanja davčnih stopenj) primeren za zagotovitev uresničitve navedenega cilja in ne presega tega, kar je potrebno za to uresničitev.⁵⁷

93. Verjamem tudi, da je treba v primeru preprečevanja kompleksnega tveganja državam članicam priznati *polje proste presoje*.⁵⁸ Zato bi moral biti nadzor Sodišča nad sorazmernostjo vseh ukrepov, sprejetih za doseganje takega cilja, omejen na preverjanje neobstoja očitne napake v zvezi s tem.⁵⁹

⁵⁴ Razlika med likvidnostjo odprtih in zaprtih investicijskih skladov je zdaj priznana s členom 1 Delegirane uredbe št. 694/2014.

⁵⁵ Trditi, da težava obstaja, ne pa sklepati z vidika tveganja, da bi se državi članici dovolilo, da se sklicuje na potrebo po boju proti temu, bi privedlo do zakonodajnega tehtanja za in proti, kar bi bilo po mojem mnenju pravno kratkovidno: ukrep se sprejme kot odgovor na težavo, nato pa, ko začne učinkovati, ga bo treba odpraviti, zaradi česar bi se težava zopet pojavila in bi ga torej država morala znova uvesti in tako dalje. Če je težava, na katero se sklicuje država članica, trenutno obvladana, je morda to prav zato, ker so ukrepi, sprejeti za njeno odpravo, učinkoviti.

⁵⁶ Glej Uredbo (EU) št. 1092/2010 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 24. novembra 2010 o makrobonitetnem nadzoru nad finančnim sistemom Evropske unije in ustanovitvi Evropskega odbora za sistemska tveganja (UL 2010, L 331, str. 1). Res je, da se v obravnavani zadevi sistemsko tveganje nanaša na nepremičninski trg. Vendar pa je obstoj tveganja, da bo kriza na nepremičninskem trgu vplivala na stabilnost finančnega sistema in ekonomijo v celoti, očitno splošno sprejeta. Glej na primer prvo uvodno izjavo Priporočila Evropskega odbora za sistemska tveganja z dne 31. oktobra 2016 o odpravljanju vrzeli v podatkih o nepremičninah (ESRB/2016/14) (UL 2017, C 31, str. 1).

⁵⁷ Glej na primer sodbo z dne 10. februarja 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel in Österreichische Salinen (C-436/08 in C-437/08, EU:C:2011:61, točka 122). Nekatere sodbe ali instrumenti so se sklicevali na tretje merilo, in sicer, da ne sme biti mogoče zahteve nadomestiti z manj omejevalnim ukrepom, s katerim bi bilo mogoče doseči *enak* rezultat. Vendar pa zadnjenavedeni pomeni drugo plat merila, ki v primeru zadevnega ukrepa pomeni ne presežati tega, kar je potrebno za uresničitev navedenega cilja. Če bi bilo namreč mogoče sprejeti manj omejevalen ukrep, s katerim bi bilo mogoče doseči *enak* rezultat kot pri danem ukrepu, bi zadnjenavedeni ukrep neizogibno presegal to, kar je potrebno za to uresničitev.

⁵⁸ Glej po analogiji v zvezi z zmanjšanjem nevarnosti za zdravje sodbo z dne 1. marca 2018, CMVRO (C-297/16, EU:C:2018:141, točka 65).

⁵⁹ Glej po analogiji sodbo z dne 18. junija 2012, Estonija/parlament in Svet (C-508/13, EU:C:2015:403, točka 29).

94. Čeprav je ta težava verjetno manj pomembna za nepremičninski trg kot druge, kot na primer prezadolženost poslovnega ali stanovanjskega trga, pa je v financah dobro znana in po mojem mnenju utemeljuje, da ji države članice posvečajo pozornost, saj je vsaka kriza na splošno posledica kombinacije dejavnikov. To še toliko bolj velja, saj se zadevni ukrep v obravnavani zadevi nanaša izrecno na komercialne nepremičnine,⁶⁰ torej na trg, na katerem so investicijski skladi glavni igralci.⁶¹

95. Predlagam, da se začne z drugim merilom, to je potrebo, da zadevni ukrep ne presega tega, kar je potrebno za uresničitev nujnega razloga v javnem interesu, ki se obravnava.

96. Če se v tej zadevi pogledajo učinki navedenega merila, je navedeni pogoj mogoče šteti za izpolnjen, saj je Italija iz davčne ugodnosti izvzela zgolj odprte sklade, namesto da bi preprosto vsem odprtim skladom prepovedala pridobivanje nepremičnin na njenem ozemlju.

97. Vendar pa v zvezi s prvim pogojem, to je, da je ukrep ustrezno sredstvo za zagotovitev uresnitve nujnega razloga v javnem interesu, ki se obravnava, stvari niso tako preproste.

98. Glede tega je treba opozoriti, prvič, da to merilo preprosto zahteva, na eni strani, da je z zadevnim ukrepom *mogoče zmanjšati* zatrevano tveganje.⁶² To pomeni, da je zadevni ukrep vsaj učinkovit. Vendar pa to ne pomeni, da mora biti ta ukrep sam zmožen odpraviti navedeno tveganje, kar v praksi zelo pogosto ne bi bilo mogoče. Če to ne bi bilo tako, bi to pomenilo, da države članice ne bi mogle uporabiti kombinacije odvrtilnih ukrepov namesto stroge prepovedi za doseganje konkretnega cilja.

99. Drugič, da bi se ukrep štel za primeren za zagotovitev uresnitve nujnega razloga v javnem interesu, mora tudi resnično odražati namen doslednega in sistematičnega doseganja tega cilja.⁶³

100. Menim, da v obravnavani zadevi obstaja povezava med navedenim zaznamim tveganjem in odprto ali zaprto naravo skladov. Kot je namreč pojasnilo predložitveno sodišče, če odprt sklad ponuja dnevna izplačila, vendar pa v enem dnevu ne more izplačati znatnega deleža sredstev, v katera vlaga sklad, ne da bi nastala bistvena izguba vrednosti, obstaja neskladje med sredstvi in

⁶⁰ Splošno je sprejeto, da imajo poslovne nepremičnine posebne značilnosti, zaradi katerih vsaj deloma pomenijo trg, ki je ločen od stanovanjskih nepremičnin. Vendar pa se očitno priznava, da obstaja resno tveganje negativnih učinkov prelivanja od poslovnih nepremičnin na širši finančni sektor in gospodarstvo. Glej v zvezi s tem Evropski odbor za sistemska tveganja (ESRB): Poročilo o šibkosti sektorja poslovnih nepremičnin Unije, november 2018, str. 51. Poleg tega je v skladu s tem poročilom sektor poslovnih nepremičnin leta 2018 v Italiji predstavljal približno 6 % bruto domačega proizvoda. Glej str. 11. Čeprav Italija v skladu s tem poročilom sicer ni bila med državami članicami, ki so bile leta 2018 najbolj izpostavljene tveganju negativnih učinkov prelivanja, pa to ne pomeni, da tako tveganje ne obstaja (in še manj, da tako tveganje ni obstajalo leta 2006). Zato je treba v smislu prava Unije za boj proti takemu tveganju šteti, da gre za nujni razlog v javnem interesu.

⁶¹ Po mnenju nekaterih avtorjev so bili investicijski skladi leta 2020 najpogosteje uporabljen način za naložbe v poslovne nepremičnine v Italiji. Glej Croce L., de Capitani, G., in Trutalli, F.: Commercial real estate in Italy, *Overview, Thomson Reuters Practical law, online Q&A guide to corporate real estate law in Italy*. V študiji bonitetne hiše PwC, ki se sklicuje na podatke od Banke Italije, je navedeno, da so nepremičninski skladi v Italiji leta 2019 upravljali premoženje od poslovnih, pisarniških ali industrijskih nepremičnin, ki so bile upravljane, v znesku 56.000.000.000 EUR. Vendar v tej študiji ni natančno navedena celotna velikost trga. Glej PwC, *Real Estate Market Overview: Italy 2019*, dostopno na globalnem spletu družb. Na irskem se je delež poslovnih nepremičnin, ki je bil leta 2016 v lasti investicijskih skladov (izključeni nepremičninski investicijski skladi, zavarovalnice in pokojninski skladi), odvisno od ocene celotnega uporabljenega trga, gibal med 25 % in 50 % portfelja poslovnih nepremičnin (pisarne, poslovni in industrijski objekti). Ocena je napravljena glede na podatke, navedene v Coates, D., Daly, P., Keenan, E., Kennedy, G., in McCarthy, B., *Who Invests in the Irish Commercial Real Estate Market? An overview of Non-Bank Institutional Ownership of Irish CRE*, Banc Ceannais na hÉireann/Central Bank of Ireland, Financial stability Notes, št. 6, 2019, št. 6, str. 5 in 7. V Franciji je bilo 14 % poslovnih nepremičnin v Parizu in njegovem predmestju v lasti investicijskih skladov (vpisanih ali ne, vendar so pri tem izključeni institucionalni vlagatelji ali banke). Glej Association française des sociétés de placement immobilier (ASPIM) in Ernst & Young, *L'investissement immobilier, une dynamique au service des territoires: 1^{re} étude socio-économique des fonds d'investissement immobilier non cotés*, oktober 2019, str. 7.

⁶² Glej v tem smislu sodbo z dne 1. marca 2018, CMVRO (C-297/16, EU:C:2018:141, točka 65).

⁶³ Glej v tem smislu sodbo z dne 14. novembra 2018, Memoria in Dall'Antonia (C-342/17, EU:C:2018:906, točka 52).

obveznostmi. To pa ustvarja tveganje, da bi bili ti skladi morda prisiljeni stavbe prodati med nepremičninsko krizo, s čimer bi se kriza na trgu poslovnih nepremičnin še poslabšala.⁶⁴ Zato zdaj obstajajo številna pravila, ki so namenjena zagotavljanju določene likvidnosti odprtih skladov, da se zagotovi, da lahko izpolnjujejo obveznosti izplačila in druge obveznosti.⁶⁵

101. Položaj v zvezi z zaprtimi skladi pa je drugačen. V zaprtem skladu se lahko izplačilo enot premoženja v nasprotju s tem, kar načeloma velja za odprte sklade, zahteva le na načrtovani datum ali, glede na izbrano formulo, po določenem številu let vpisa. Prednost zaprtih skladov v primerjavi z odprtimi skladi je, da pri prvonavedenih ni tveganja, da bi bili izpostavljeni nenadni potrebi po improvizirani likvidaciji naložb, da se pridobi likvidnost. Poleg tega se z vidika kapitalskih trgov na splošno šteje, da bi morali biti nepremičninski skladi zaradi dolgoročne narave naložbe v nepremičnine in časa, potrebnega za zaključek prodaje nepremičnin, ustanovljeni kot skladi z omejeno likvidnostjo ali kot zaprti skladi.⁶⁶

102. Upravičeno se je vprašati, ali odvrtilni učinek ukrepa, ki vključuje preprosto zavrnitev davčne ugodnosti tovrstnemu skladu, zadostuje za uresničitev nujnega razloga v javnem interesu, to je zmanjšanje sistemskega tveganja na nepremičninskem trgu z odvrtilnim delovanjem odprtih skladov na navedenem trgu.⁶⁷ Kot pa sem že pojasnil, da bi se ukrep štel za primeren v skladu z načelom sorazmernosti, kot je določeno v pravu Unije, zadostuje, da je verjetno, da bo zadevni ukrep prispeval k uresničevanju nujnega razloga v zadevnem javnem interesu.⁶⁸

103. V obravnavani zadevi je treba poudariti, da je upošteveni cilj, ki bi se uresničeval s prvim merilom iz člena 35(10b) uredbe-zakona št. 223/2006, zmanjšanje sistemskih tveganj za trg poslovnih nepremičnin, ki jih povzroča razvoj dejavnosti odprtih nepremičninskih skladov. Ker je bilo ugotovljeno, da se s prvim merilom vzpostavlja posredna diskriminacija, kar pomeni, da ima odvrtilni učinek na zadevne sklade, tako merilo nujno prispeva k uresničevanju navedenega cilja.

⁶⁴ V zvezi s tem je treba upoštevati, da vlagatelji v tovrstne sklade na splošno zaradi upadanja cen na nepremičninskem trgu zahtevajo izplačilo, da bi omejili svojo izgubo.

⁶⁵ US SEC (ameriška komisija za vrednostne papirje in borzo) je oktobra 2016 sprejela nova pravila za spodbujanje učinkovitega upravljanja likvidnostnega tveganja za odprte sklade (<https://www.sec.gov/rules/final/2016/33-10233.pdf>); HK SFC (komisija za vrednostne papirje in standardizirane terminske pogodbe v Hongkongu) je julija 2016 izdala okrožnico z dodatnimi smernicami za upravljavce premoženja zlasti v povezavi z upravljanjem likvidnostnega tveganja (<https://apps.sfc.hk/edistributionWeb/gateway/EN/circular/doc?refNo=16EC29>); UK FCA (organ Združenega kraljestva za finančno poslovanje) je objavil dodatne smernice (<https://www.fca.org.uk/publications/documents/liquidity-management-investment-firms-good-practice>); Francoski AMF (sklad za upravljanje premoženja) je izdal posvetovalno poročilo o testiranju izjemnih situacij na ravni investicijskih skladov (avgust 2106, <https://www.amf-france.org/en/news-publications/news-releases/amf-news-releases/autorite-des-marches-financiers-amf-launches-consultation-use-stress-tests-help-manage-risk-asset>, končno poročilo objavljeno februarja 2017) in tudi podrobne smernice o uporabi novouvedenih omejitev izplačil (december 2016, <https://www.amf-france.org/en/news-publications/news/setting-redemption-gates-mechanisms-amf-publishes-new-instruction-and-adjusts-its-existing-policy>); indijski SEBI (odbor za vrednostne papirje in borzo) je izdal okrožnico (maj 2016) na področju upravljanja likvidnosti (https://www.sebi.gov.in/sebi_data/attachdocs/1464693701007.pdf). Glej tudi The Board of the International Organization of Securities Commissions, *Open-ended Fund Liquidity and Risk Management – Good Practices and Issues for Consideration – Final report*, februar 2018 (<https://memofin-media.s3.eu-west-3.amazonaws.com/uploads/library/pdf/Memo%20OICV%20gestion%20risque%20liquidit%c3%a9.pdf>), ali nedavno v okviru krize COVID, ESMA, Report on Recommendation of the European Systemic Risk Board (ESRB) on liquidity risk in investment funds (Poročilo o priporočilu Evropskega odbora za sistemska tveganja (ESRB) o likvidnostnem tveganju v investicijskih skladih), 12. november 2020, zlasti str. 54 o nepremičninskih skladih.

⁶⁶ Glej na primer Dillon Eustace, *A Guide to Irish Regulated Real Estate Funds*, 2009, str. 4.

⁶⁷ Glej po analogiji sodbo z dne 10. aprila 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, točka 43).

⁶⁸ Če bi se na podlagi prvega pogoja preizkusa sorazmernosti dal prevelik pomen učinkovitosti zadevnega ukrepa, bi ta pogoj prišel v navzkrižje z drugim pogojem, ki je, da zadevni ukrep ne sme presežati tega, kar je potrebno za uresničitev.

104. To velja še toliko bolj, ker se, glede na to, da je treba državam članicam dopustiti določeno polje proste presoje pri preprečevanju kompleksnih tveganj, ki vključujejo številne dejavnike, sploh ne zdi nerazumno, da država članica tako tveganje upošteva. Nedavna izkušnja je pokazala, da je na nekaterih trgih več kriz nastalo zaradi hkratnega pojava dogodkov, za katere se zdi, da se, če se upoštevajo posamično, najverjetneje ne bi zgodili. Dogodki med letoma 2007 in 2011 so pokazali, da je tveganje sistemskih pretresov v tem primeru še kako resnično.

105. Podobno se je treba v tem okviru vprašati, ali je tak ukrep v skladu z ukrepi, sprejetimi v tem smislu v zvezi z odprtimi skladi, za katere se uporablja italijansko pravo, glede na to, da je zadnjenavedenim prepovedano vlagati na nepremičninskem trgu. Upoštevati pa je treba, da se pravo Unije ne uporablja za obrnjeno diskriminacijo.⁶⁹ Zato se z dejstvom, da je bil v zvezi s skladi, za katere se uporablja nacionalno pravo, sprejet bolj drastičen ukrep, ne more podvomiti o skladnosti, s katero je treba šteti, da se cilj uresničuje.

106. Ta zadevni davčni ukrep se vsekakor zdi del zakonodajnega svežnja, namenjenega doseganju navedenega cilja, to je, da se da prednost pri vlaganju na italijanske trg poslovnih nepremičnin zaprtim in ne odprtim skladom, da bi se zmanjšalo sistemsko tveganje, ki bi nastalo, ker bi taki skladi imeli v lasti preveč objektov.⁷⁰ Zato bi bilo treba za kakršno koli oceno, ali je zadevni ukrep zadosten, opraviti celovito presojo teh ukrepov, česar pa nacionalno sodišče ni navedlo.

107. V obravnavanem primeru bi bili drugi ukrepi, zlasti ukrepi vedenjske narave, kot je prepoved pridobitve nepremičnine v Italiji za špekulativne namene, v tem smislu verjetno učinkovitejši. Vendar pa bi taki ukrepi imeli celo večji vpliv na prosti pretok kapitala in svobodo ustanavljanja. *A fortiori*, enaka težava bi nastala, če bi bili strukturni ukrepi, kot so ti, ki jih trenutno določa Direktiva o AIS, sprejeti za vse sklade, ki želijo v Italiji pridobivati poslovne nepremičnine. Spomniti je namreč treba, da pravica do ustanavljanja vključuje pravico vseh podjetij, da v mejah odgovornosti, ki jo določijo s svojimi akti, prosto razpolagajo z ekonomskimi, tehničnimi in finančnimi sredstvi, ki so jim na voljo.

108. Vendar družba UBS Real Estate trdi, da prvi pogoj ni primeren za zagotovitev uresničitve cilja omejitve sistema tveganja, ki ga je ugotovilo predložitveno sodišče, saj ne bi bilo nobene razlike med zaprtimi in odprtimi investicijskimi skladi. Obe vrsti skladov imata enake značilnosti in zanju veljajo enaka pravila glede upravljanja in naložb.

109. Ampak ali je to res tako? V obravnavanem primeru je mogoče ugotoviti, da se podobnosti v zvezi s pravili glede upravljanja in naložb, ki jih navaja družba UBS Real Estate, nanašajo na pravila, ki se uporabljajo, ker so zadevni subjekti opredeljeni kot investicijski skladi. Družba UBS Real Estate v zvezi s težavo, ki jo je izpostavilo predložitveno sodišče, priznava, da obstaja razlika med odprtim in zaprtim skladom, ker pride pri prvem nujno do neskladja med sredstvi in obveznostmi.

110. Družba UBS Real Estate odgovarja, da bi bili odprti nepremičninski skladi manj tvegana naložba, če bi bili bolj likvidni kot zaprti skladi. Sam pa se s to trditvijo ne morem strinjati. Tveganja, na katera se tukaj sklicuje družba UBS Real Estate, so tveganja, ki so jim izpostavljeni posamezni vlagatelji. Vendar pa to niso tveganja, ki jih navaja predložitveno sodišče in so splošne

⁶⁹ Glej sodbo z dne 16. junija 1994, Steen (C-132/93, EU:C:1994:254, točke od 9 do 11).

⁷⁰ Glej točko 76 teh sklepnih predlogov. Kot sem že pojasnil v svojih sklepnih predlogih v zadevi Autoridade Tributária e Aduaneira (Davek na kapitalski dobiček od nepremičnin (C-388/19, EU:C:2020:940)), Sodišče davčnih ukrepov ne bi smelo obravnavati ločeno, ampak si mora prizadevati, da dobi celotno sliko davčne zakonodaje, ki se uporablja v zadevnem položaju, čeprav to njegovo presojo otežuje.

sistemske narave, ker lahko vprašanje neskladja med sredstvi in obveznostmi okrepi vsako znižanje cen na trgu poslovnih nepremičnin,⁷¹ in nato v nekaterih okoliščinah, kot so pokazale nedavne izkušnje, nazadnje ogrozi bančne in finančne trge.

111. Nazadnje družba USB Real Estate trdi, da so odprti skladi, za katere se uporablja nemško pravo, dejansko primerljivi z zaprtimi skladi, za katere se uporablja italijansko pravo. Po eni strani naj bi nemško pravo zahtevalo ohranjanje likvidnostne rezerve, ki ne more biti nižja od določenega zneska. Ta likvidnostna rezerva naj bi zmanjšala likvidnostno tveganje, povezano z naložbo. V primeru zadevnih dveh skladov naj bi bilo torej v njihovih pravilih delovanja določeno, da morata ohranjati vsaj 5 % od vrednosti teh skladov v likvidnosti. Po drugi strani naj bi navedeno pravo odprtim skladom dovoljevalo, da določijo določbe, ki omogočajo odložitev morebitne prodaje nepremičnine sklada, da se lahko izvede izplačilo udeležencem, kar naj bi odpravilo tveganje, ki ga je navedlo predložitveno sodišče. Prav to je bilo določeno v pravilih delovanja zadevnih skladov.⁷² Nasprotno pa naj bi italijansko pravo italijanskim zaprtim skladom dovoljevalo, da določijo predčasno izplačilo enot premoženja.

112. V zvezi s tem se strinjam, da bi se z določbami, na katere se sklicuje družba UBS Real Estate, res lahko zmanjšalo tveganje, ki ga je ugotovilo predložitveno sodišče, saj družbi UBS Real Estate omogočajo, da odloži izplačilo naložb do treh let. Poleg tega, čeprav je v prospektih in pravilih o skladu določeno, da lahko vlagatelji načeloma zahtevajo izplačilo in da se to lahko zamrzne le v izjemnih primerih, pa je treba opozoriti, da te določbe določajo možnost zamrznitve zahtevkov za sorazmerno dolgo obdobje in da izjemne okoliščine, s katerimi bi bilo mogoče utemeljiti njihovo izvajanje, zajemajo krizo na nepremičninskem trgu. Vse to pa mora preveriti nacionalno sodišče.

113. Poudariti pa je treba, da triletno obdobje odložitve zahtevka za izplačilo naložbe ostaja krajše kot obdobje, ob koncu katerega lahko vlagatelji v zaprte sklade zahtevajo izplačilo in ki je običajno med 5 in 20 let, povprečno trajanje pa je od 10 do 12 let. Ker pa lahko nepremičninska kriza traja veliko dlje kot tri leta,⁷³ iz tega sledi, da se lahko določbe, kot so te, določene v prospektu in pravilih družbe UBS Real Estate, sicer uporabljajo za zmanjšanje tveganja, ki ga navaja predložitveno sodišče, vendar pa ga popolnoma ne odpravijo. Menim, da ni Sodišče tisto, ki bi moralo presojati, ali – glede na vsebino zadevnih določb – preostalo tveganje zadostuje za utemeljitev, da države članice sprejmejo ukrepe za odziv nanj. To končno presojo morajo opraviti nacionalna sodišča.

⁷¹ Enako velja za trditve družbe UBS Real Estate v zvezi s priporočenim naložbenim obdobjem za vlagatelje v sklade.

⁷² Člen 12 splošnih pravil teh dveh skladov v različici, ki je bila predložena Sodišču, določa, da si „[upravljavska] družba iz likvidnostnih razlogov, da bi zaščitila vlagatelje, pridržuje pravico do začasne zavrnitve izplačila. Če bančne vloge in izkupiček od prodaje instrumentov denarnega trga, investicijskih deležev in vrednostnih papirjev v lasti ne zadostujejo za plačilo odkupne cene in zagotovitev urejenega tekočega servisiranja upravljanja podjetja, ali če ti niso nemudoma razpoložljivi, ima družba pravico do zavrnitve izplačila za obdobje šestih mesecev. Če po izteku zgoraj navedenega obdobja sredstva še vedno ne zadostujejo za kritje izplačila, je treba nepremičnine v lasti investicijskega sklada prodati. Družba lahko zavrne izplačilo, dokler ni prodaja teh nepremičnin končana po razumnih pogojih, vendar ne dlje kot dve leti po predložitvi zahteve za izplačilo. Z obvestilom za vlagatelje [objavljenim v elektronskem Bundesanzeiger (Zvezni uradni list) in finančnem ali dnevnem časopisju z dovolj veliko naklado ali v elektronskih informacijskih medijih, opisanih v prodajnem prospektu], se lahko zgoraj navedeno obdobje podaljša za nadaljnje leto.“

⁷³ Tako imenovana „subprime“ kriza je na primer vsaj med letoma 2007 in 2012 vplivala na ameriški stanovanjski trg. Podobna kriza je med letoma 2008 in 2014 prizadela španski in irski nepremičninski trg.

114. Če bi bilo verjetno, da se bo s temi določbami tveganje odpravilo v celoti, se postavlja vprašanje, ali je treba merilo šteti za neprimerno (ali da presega tisto, kar je potrebno), ker ne vključuje podrobne preučitve pravil delovanja skladov,⁷⁴ ampak je odvisno zgolj od njihove opredelitve po pravu, ki ureja njihovo delovanje.⁷⁵

115. Sodišče je bilo v zadevah v zvezi s prostim pretokom precej zadržano glede tovrstnega pristopa, ki zahteva uporabo čim natančnejših meril.⁷⁶

116. Vendar pa menim, da če bi predložitveno sodišče razsodilo, da je bil razlog za ugodnejše davčno obravnavanje zaprtih nepremičninskih skladov preprečevanje morebitnih sistemskih tveganj na trgih poslovnih nepremičnin in, širše, morebitnih sistemskih tveganj, ki se pojavljajo na finančnih trgih, potem se uporaba takega merila ne bi zdela *očitno neprimerna*.⁷⁷ Ob upoštevanju polja proste presoje, ki jo imajo države članice v tej zadevi, bi bilo treba vsako prizadevanje za dajanje prednosti zaprtim nepremičninskim skladom v takih okoliščinah šteti za sorazmerno, čeprav bi bilo mogoče še dodatno razlikovanje s tem, da bi se dala prednost tudi nekaterim odprtim skladom, ki bi s svojimi določbami in prospekti poskušali delno odpraviti tveganje, ki izhaja iz neskladja med sredstvi in obveznostmi.

V. Predlog

117. Glede na navedeno Sodišču predlagam, naj na vprašanje, ki ga je predložilo Corte suprema di cassazione (vrhovno kasacijsko sodišče, Italija), odgovori:

Člen 56 ES je treba razlagati tako, da dovoljuje uporabo merila, ki temelji na odprti ali zaprti naravi sklada, kot pogoja za pridobitev znižanja stopnje hipotekarnega in katastrskega davka, ki ga je treba plačati pri pridobitvi nepremičnine, če je navedeno merilo utemeljeno s tem, da pomaga preprečevati sistemsko tveganje na upoštevnem nepremičninskem trgu, in če ni neposredne diskriminacije na podlagi dejavnikov, kot je ta, ali se skladi upravljajo v Italiji oziroma ali se zanje sicer uporablja italijansko pravo.

⁷⁴ V zvezi s tem moram opozoriti, da postavljeno vprašanje zadeva združljivost prvega pogoja iz člena 35(10b) uredbe-zakona št. 223/2006 za upravičenost do znižanja davčnih stopenj in ne prakse, ki ji sledijo italijanski davčni organi. Zato je treba trditev družbe UBS Real Estate razumeti tako, da graja uporabo pogoja, izpeljanega iz odprte ali zaprte narave sklada, ker bi bilo primerneje uporabiti merilo, ki temelji na bolj izpopolnjeni analizi pravil, ki urejajo delovanje skladov.

⁷⁵ V zvezi s tem je treba še enkrat poudariti, da v času dejanskega stanja iz postopka v glavni stvari nepremičninski skladi niso spadali na področje uporabe Direktive 85/611 in se zato zanje ni moglo uporabljati načelo vzajemnega priznavanja ali nadzora zgolj s strani države izvora.

⁷⁶ Vendar pa je Sodišče na področju, ki resda spada v izključno pristojnost Unije, priznalo, da z uporabo splošnega merila (enoletno trajanje zakonske zveze kot dokaz resničnosti in trajnosti odnosov med zadevnima osebama) ni bilo kršeno načelo sorazmernosti, čeprav bi bila mogoča bolj poglobljena presoja posameznega primera, ki na primer temelji na preučitvi dokazov, ki jih predložijo zadevne stranke. Glej sodbo z dne 19. decembra 2019 HK/Komisija (C-460/18 P, EU:C:2019:1119, točka 89).

⁷⁷ Položaj v zvezi z neposredno diskriminacijo – če bi bila ugotovljena – je, kot sem že ugotovil, drugačen.