



Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNE PRAVOBRANILKE
JULIANE KOKOTT,
predstavljeni 6. maja 2021¹

Zadeva C-545/19

**Allianzgi-Fonds Aevn
proti
Autoridade Tributária e Aduaneira**

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Tribunal Arbitral Tributário (Centro de Arbitragem Administrativa – CAAD) (razsodišče v davčnih sporih (center za arbitražo v upravnih zadevah), Portugalska))

„Predlog za sprejetje predhodne odločbe – Zakonodaja o neposredni obdavčitvi in temeljne svoboščine – Prosti pretok kapitala – Obdavčitev dividend, izplačanih kolektivnim naložbenim podjetjem – Različno obravnavanje kolektivnih naložbenih podjetij, ki so rezidenti in ki niso rezidenti – Diskriminacija zaradi drugega načina obdavčitve – Primerljivost v okviru prostega pretoka kapitala – Utemeljitev različnih sistemov obdavčitve – Zagotavljanje minimalne obdavčitve v državi rezidentstva – Sorazmernost drugega načina obdavčitve“

I. Uvod

1. Ali mora država članica zaradi prostega pretoka kapitala naložbene instrumente rezidentov in nerezidentov obdavčiti po enakem davčnem sistemu? Na to vprašanje mora Sodišče odgovoriti v obravnavanem primeru. Portugalska se je namreč v okviru izvajanja svoje davčne avtonomije odločila, da pri naložbenih instrumentih nerezidentov ostaja pri klasični obdavčitvi kapitalskih dohodkov na podlagi davka od dohodkov pravnih oseb iz pri viru odtegnjenega davka, če te pravne osebe v svoji državi rezidentstva niso obdavčene z davkom od dohodkov pravnih oseb ali pa je ta nizek.

2. V nasprotju s tem so naložbeni instrumenti rezidentov obdavčeni na podlagi drugega davčno-sistemskega pristopa (Portugalska to označuje kot vrsto izstopne obdavčitve). Te naložbene instrumente se bremeni vsako četrletje s tako imenovano kolkovino, ki zajema celotno neto premoženje (in s tem tudi zadržane dohodke od dividend) naložbenega instrumenta. Zato pa vsakokratni dohodki iz dividend niso obremenjeni z davkom od dohodkov pravnih oseb (niti na podlagi pri viru odtegnjenega davka). Šele pri izplačilu vlagatelju pride na tej ravni v poštev portugalski davek na dohodke iz kapitala.

¹ Jezik izvirnika: nemščina.

3. Portugalska torej sicer v enaki meri, vendar na različen način obdavčuje naložbene instrumente nerezidentov in rezidentov. S tem so zagotovo povezane razlike v obremenitvi v eno ali drugo smer. Če naložbeni instrumenti ne prejmejo nobenih dividend, je davčno breme domačega naložbenega instrumenta precej višje. Če naložbeni instrument prejme dividende, potem je lahko slika videti že drugače. To pa velja le, če davčni tujec v svoji državi rezidentstva ni obdavčen oziroma je nizko obdavčen.

4. Ker temeljne svoboščine v davčni zakonodaji prepovedujejo „le“ diskriminacijo čezmejnega primera, je treba tukaj med seboj primerjati obdavčitev naložbenih instrumentov rezidentov in nerezidentov. Harmonizacija davkov na dohodke iz kapitala bi bila koristna, a je trenutno še ni. To pripelje od naslednjega vprašanja – ali si lahko tukaj pomagamo s prostim pretokom kapitala ali pa so zaradi neobstoja primerljivosti položajev glede na rezidentstvo in na državo članico možni tudi različni sistemi obdavčitve in je treba tako z vidika prava Unije tolerirati določeno mero različne obremenitve.

II. Pravni okvir

A. Pravo Unije

5. Upoštevne določbe prava Unije izhajajo iz PDEU. Posebna pozornost je namenjena prostemu pretoku kapitala iz členov 63 in 65 PDEU.

6. Člen 65(1)(a) in (3) PDEU določa:

„(1) Določbe člena 63 ne posegajo v pravice držav članic, da:

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

(3) Ukrepi in postopki iz odstavkov 1 in 2 ne smejo biti sredstvo samovoljne diskriminacije ali prikritega omejevanja prostega pretoka kapitala in plačil iz člena 63.“

B. Mednarodno pogodbeno pravo

7. Člen 10 Konvencije o izogibanju dvojnega obdavčevanja (v nadaljevanju: KIDO) med Republiko Portugalsko in Zvezno republiko Nemčijo določa, katera država ima pravico obdavčiti prejemnika dividend:

„(1) Dividende, ki jih družba rezidentka v državi pogodbenici izplača rezidentu iz druge države pogodbenice, je mogoče obdavčiti v drugi državi.

(2) Te dividende pa je mogoče obdavčiti tudi v državi pogodbenici, v kateri je družba, ki izplačuje dividende, rezidentka, v skladu s pravom te države; davek pa ne sme presegati 15 odstotkov bruto zneska dividend, če je prejemnik dividend upravičeni lastnik. Pristojni organi držav pogodbenic s skupnim soglasjem uredijo podrobna pravila za uporabo te omejitve. Ta odstavek ne vpliva na obdavčenje dobička družbe, iz katerega se izplačajo dividende.“

C. Portugalsko pravo

8. Po podatkih predložitvenega sodišča je veljavni portugalski pravni položaj v spornih letih takšen.

9. Portugalska načeloma obdavčuje izplačila dividend pravne osebe, ki je rezidentka Portugalske, drugi domači ali tuji pravni osebi po merilih zakona o davku od dohodkov pravnih oseb kot kapitalske dohodke z davkom od dohodkov pravnih oseb v višini 25 odstotkov.² Pravna oseba, ki je izplačevalka, plača portugalski državi ta davek od dohodkov pravnih oseb prek pri viru odtegnjenega davka.

10. Izplačila dividend tujim vlagateljem, ki imajo pravno obliko pravne osebe, pa so v skladu s členom 14(3) zakona o davku od dohodkov pravnih oseb načeloma oproščena plačila davka od dohodkov pravnih oseb na Portugalskem kot državi izvora. Izjema je podana le tedaj, ko so v državi rezidentstva obdavčena z manj kot 60 odstotki davčne stopnje pri davku od dohodkov pravnih oseb, ki velja na Portugalskem.

11. Z zakonskim odlokom št. 7/2015 z dne 13. januarja 2015 je bil davčni režim za kolektivne kapitalske naložbe nadgrajen. Člen 22 zakona o davčnih ugodnostih³ od takrat za kapitalske dohodke za določene kolektivne naložbene podjeme v vrednostne papirje (v nadaljevanju: KNPVP) določa oprostitev plačila davka od dohodkov pravnih oseb. Ta določa:

„(1) Za davek od dohodkov pravnih oseb so pod pogoji, določenimi v tem členu, zavezani skladi za vlaganja v vrednostne papirje, skladi za vlaganja v nepremičnine, družbe za vlaganje v vrednostne papirje in družbe za vlaganja v nepremičnine, ki se ustanovijo in poslujejo v skladu z nacionalno zakonodajo.

[...]

(3) Za ugotavljanje obdavčljivih dobičkov se ne upoštevajo dohodki, na katere se nanašajo členi 5 [opomba: kapitalski dohodki], 8 [opomba: najem in zakup] in 10 [opomba: kapitalski dobički] zakona o dohodnini⁴ [...].

[...]

(8) Posebne davčne stopnje, določene v členu 88 zakona o davku od dohodkov pravnih oseb, se *mutatis mutandis* uporabijo v okviru te ureditve.

[...]“.

12. Člen 22(10) zakona o davčnih ugodnostih dopolnjuje oprostitev davka od dohodkov pravnih oseb iz kapitalskih dohodkov z oprostitvijo dolžnosti pravne osebe izplačevalke, da zadrži pri viru odtegnjeni davek. Ta določa:

„Od dobičkov, ki jih prejmejo davčni zavezanci, navedeni v odstavku 1, se davka od dohodkov pravnih oseb ne odtegne pri viru.“

² Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas.

³ Estatuto dos Benefícios Fiscais (v različici z Decreto-Lei 7/2015 z dne 13. januarja 2015 z učinkom od 1. julija 2015).

⁴ Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares.

13. Ob tem pa se dohodke KNPVP, ki je bil ustanovljen in posluje v skladu s portugalskim pravom, na podlagi člena 88(11) zakona o davku od dohodkov pravnih oseb v nasprotju s členom 22(3) zakona o davčnih ugodnostih v prvem letu po pridobitvi kapitalne naložbe ne oprosti plačila davka. Ta namreč določa:

„Po posebni davčni stopnji 23 % se obdavčijo dohodki, ki jih razdelijo subjekti, ki so zavezanci za davek od dohodkov pravnih oseb, davčnim zavezancem, ki so upravičeni do celotne ali delne oprostitve, kar v tem primeru vključuje kapitalne dohodke, če kapitalne naložbe, v zvezi s katerimi so bili prejeti taki dohodki, niso ostale v posesti istega davčnega zavezanca neprekinjeno vse leto pred datumom, ko so bile dane na voljo, in se ne bodo hranile v času, potrebnem za dokončanje tega obdobja.“

14. Zakonski odlok št. 7/2015 z dne 13. januarja 2015 je uvedel tudi spremembe Código do Imposto do Selo (zakonik o kolkovini) in priloženega seznama o kolkovini, ki vsebuje določbe o osnovi za odmero. Z dopolnitvijo dela 29 Splošne priloge h kolkovini pride do obdavčitve celotnega neto premoženja kolektivnih naložbenih podjetij, za katere se uporablja člen 22 zakona o davčnih ugodnostih, v skladu s tam določenimi davčnimi stopnjami.

15. Za KNPVP, ki je bil ustanovljen in posluje v skladu s portugalskim pravom, velja tako – od uvedbe člena 22 zakona o davčnih ugodnostih – razširjeni davek na overjene pravne akte (v nadaljevanju: kolkovina). Pri tem gre za davek, ki se pobira vsako četrletje v višini 0,0125 odstotka neto knjigovodske vrednosti KNPVP. Pri tem so prejete dividende, ki še niso bile razdeljene naprej vlagateljem KNPVP, zajete v osnovi za odmero.

III. Spor o glavni stvari

16. Allianzgi-Fonds Aevn (v nadaljevanju: tožeča stranka) je kolektivni naložbeni podjetje (KNPVP) s sedežem v Nemčiji in prejema kapitalne dohodke v obliki dividend, ki jih izplačuje podjetje, ki je rezident Portugalske. Pri KNPVP gre za investicijski sklad, katerega pravni okvir je določen z Direktivo 2009/65/ES⁵. Tak KNPVP je namenjen temu, da zasebnim vlagateljem olajša udeležbo na trgu vrednostnih papirjev.

17. Razdelitev dividend KNPVP, ki je ustanovljen v skladu s portugalskim pravom, Portugalska načeloma obravnava kot oproščeno plačila davka od dohodkov pravnih oseb. Tako za zasebnega vlagatelja ni nobene razlike, ali pridobi delnice neposredno, ali pa posredno, preko KNPVP, vlaga v drugo podjetje. Portugalska pri tem razdelitev, ki jih KNPVP, ki je rezident, prejme od podjetij in jih dalje razdeli svojim vlagateljem, ne obdavčuje na ravni KNPVP. Namesto tega je KNPVP, ki je ustanovljen na podlagi portugalskega prava, zajet s kolkovino, ki vsako četrletje poleg preostale neto knjigovodske vrednosti zajame in davčno bremeni tudi zadržane dohodke iz dividend.

18. Oprostitev plačila davka od dohodkov pravnih oseb glede kapitalnih dohodkov KNPVP pa za tožečo stranko ne pride v poštev, saj ni bila ustanovljena in ne posluje na podlagi portugalskega prava. To je mogoče le tedaj, če bi imela svoj sedež ali poslovno enoto na Portugalskem in bi izpolnjevala določene druge pogoje po portugalskem pravu. Zato veljajo za tožečo stranko splošna določila zakona o davku od dohodkov pravnih oseb. Temu ustrezno je za izplačilo

⁵ Prvotno Direktiva Sveta 85/611/EGS z dne 20. decembra 1985 o usklajevanju zakonov in drugih predpisov o kolektivnih naložbenih podjetjih za vlaganja v prenosljive vrednostne papirje (KNPVP), ki jo je nadomestila Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta 2009/65/ES z dne 13. julija 2009 o usklajevanju zakonov in drugih predpisov o kolektivnih naložbenih podjetjih za vlaganja v prenosljive vrednostne papirje (KNPVP).

dividend portugalskih podjetij tožeči stranki, v letih 2015 in 2016, veljal portugalski davek od dohodkov pravnih oseb v višini 25 odstotkov, ki so ga pravne osebe izplačevalke, zadržala pri viru in plačala v portugalsko državno blagajno.

19. Na podlagi Konvencije o izogibanju dvojnega obdavčevanja med Portugalsko in Nemčijo pa sme Portugalska kapitalske dohodke KNPVP, ki je rezident Nemčije, obdavčiti v višini največ 15 odstotkov. Zato je Portugalska za leto 2015 na predlog tožeče stranke povrnila del zadržanega davka. Ustreznega predloga za leto 2016 pa tožena stranka menda ni podala.

20. V portugalskem pravu določena oprostitev plačila davka od dohodkov pravnih oseb za izplačila dividend tujim pravnim osebam v skladu s členom 14(3) zakona o davku od dohodkov pravnih oseb ni mogoča v primeru davčnopravne obravnave KNPVP v Nemčiji. Po podatkih predložitvenega sodišča je namreč KNPVP s sedežem v Nemčiji tudi tam oproščen davka od dohodkov pravnih oseb.

21. V Nemčiji je v spornih letih – drugače kot na Portugalskem – KNPVP transparenten „davčni subjekt“, to pomeni, da ni obdavčen KNPVP, temveč neposredno vlagatelj. Ta obdavčitev pa se ne nanaša le na višino dobičkov, ki so razdeljeni vlagateljem, temveč tudi na višino deleža od dobičkov KNPVP, ki se jim odbije (tako imenovana transparentna obdavčitev). Na koncu naj bi se s tem prav tako doseglo enako obravnavanje kot pri neposredni naložbi.

22. Ker KNPVP v Nemčiji ni dolžan plačevati davka od dohodkov pravnih oseb, na njegovi ravni tudi ni mogoče odbiti portugalskega davka od dohodkov pravnih oseb. Namesto tega je mogoč sorazmerni odbitek portugalskega davka le od ustreznega davka vlagateljev v skladu s členom 4(2) nemškega Investmentsteuergesetz (zakon o davku na investicije) v tedanji različici⁶. Sodišču pa ni znano, ali so vlagatelji tožeče stranke uveljavili to možnost.

23. Tožeča stranka je proti portugalskim davčnim odločbam, na podlagi katerih je bil pri viru odtegnjen davek iz naslova davka od dohodkov pravnih oseb za davčni obdobji 2015 in 2016, vložila pritožbo in predlagala njihovo razveljavitev ter povrnitev zadržanega davčnega odtegljaja. Pristojni davčni organ temu predlogu ni ugodil. To se izpodbija z arbitražno tožbo pri Centro de Arbitragem Administrativa (arbitražno sodišče za davčne zadeve, Portugalska).

IV. Predlog za sprejetje predhodne odločbe in postopek pred Sodiščem

24. Predložitveno sodišče je z odločbo z dne 9. julija 2019 Sodišču v predhodno odločanje predložilo ta vprašanja:

„1. Ali člen 63 PDEU o prostem pretoku kapitala ali člen 56 PDEU o svobodnem opravljanju storitev nasprotujeta davčni ureditvi, kakršna je sporna v postopku v glavni stvari in ki izhaja iz člena 22 zakona o davčnih ugodnostih, ki določa, da se davek dokončno odtegne pri viru od dividend, ki jih razdelijo portugalske družbe in jih prejmejo kolektivni naložbeni podjetji, ki niso rezidenti na Portugalskem in so ustanovljeni v drugih državah članicah Unije, medtem

⁶ Ta je določal: „(2) Če so v razdeljenih ter nerazdeljenih dohodkih na investicijske deleže vsebovani prihodki, ki izvirajo iz tuje države, ki se jih v tej državi obdavči v skladu s členom 34c(1) Einkommensteuergesetz (zakon o dohodnini), ali členom 26(1) Körperschaftsteuergesetzes (zakon o davku od dohodkov pravnih oseb), ali v skladu s konvencijo o izogibanju dvojnega obdavčevanja z davkom, ki se odbije dohodnini ali davku od dohodkov pravnih oseb, potem je treba pri vlagateljih, ki so neomejeni davčni zavezanci, odbiti določeni in plačani ter za nastalo pravico do izravnave znižani tuji davek od dela dohodnine ali davka od dohodkov pravnih oseb, ki odpade na te tuje za delež tujega davka povišane dohodke. (...)“ – Gesetz zur Modernisierung des Investmentwesens und zur Besteuerung von Investmentvermögen (Investmentsteuermodernisierungsgesetz, zakon o modernizaciji davka na naložbe) z dne 15. decembra 2003, BGBl. 2003 I, str. 2676 in naslednje.

ko so kolektivni naložbeni podjemi, ustanovljeni v skladu s portugalsko davčno zakonodajo in rezidenti za davčne namene na Portugalskem, upravičeni do oprostitve pri viru odtegnjenega davka od navedenih dohodkov?

2. Ali nacionalna zakonodaja, ki je sporna v postopku v glavni stvari, s tem ko določa pri viru odtegnjeni davek za dividende, ki se izplačajo kolektivnim naložbenim podjetjem nerezidentom, kolektivnim naložbenim podjetjem rezidentom pa pridržuje možnost, da dosežejo oprostitve tega pri viru odtegnjenega davka, določa neugodno obravnavanje dividend, plačanih kolektivnim naložbenim podjetjem nerezidentom, če ti nimajo nobene možnosti postati upravičeni do te oprostitve?
 3. Ali je za presojo diskriminatornosti portugalske zakonodaje, ki določa posebno in različno davčno obravnavo
 - (i) kolektivnih naložbenih podjetij (rezidentov) na eni strani ter
 - (ii) zadevnih vlagateljev v kolektivne naložbene podjeme na drugi strani, pomembna davčna ureditev, ki velja za vlagatelje v kolektivne naložbene podjeme? Ali je treba, če se upošteva, da na davčno ureditev za kolektivne naložbene podjeme rezidente ne vpliva in je nikakor ne spremeni dejstvo, ali so zadevni vlagatelji rezidenti na Portugalskem ali ne, upoštevati samo obdavčenje na ravni investicijskega instrumenta, da se ugotovi primerljivost položajev z namenom presoje diskriminatornosti navedene zakonodaje?
 4. Ali je dopustno različno obravnavanje kolektivnih naložbenih podjetij rezidentov in nerezidentov Portugalske, če se upošteva, da so fizične ali pravne osebe, ki so rezidentke Portugalske in so imetnice kapitalskih naložb v kolektivnih naložbenih podjetjih (rezidentih ali nerezidentih), v obeh primerih enako obdavčene (in na splošno ne oproščene) za dohodke, ki jih razdelijo kolektivni naložbeni podjemi, čeprav so vlagatelji, ki niso rezidenti, obdavčeni višje?
 5. Ali je za presojo primerljivosti obdavčitve dohodkov dopustno upoštevati druge davke ali dajatve, ki se dolgujejo v okviru naložb, ki jih realizirajo kolektivni naložbeni podjemi, če se upošteva, da je diskriminacija, ki je predmet tega spora, povezana z različno obdavčitvijo dohodkov, ki izhajajo iz dividend, ki jih razdelijo kolektivni naložbeni podjemi rezidenti svojim vlagateljem? In sicer, ali je zakonito in dopustno, da se pri analizi primerljivosti upošteva učinek, ki ga povzročijo davki na premoženje, na odhodke ali druge vrste davki, ne pa nujno davek na dohodke kolektivnih naložbenih podjetij, vključno z morebitnimi posebnimi davki?“
25. Na zahtevo Sodišča za informacije je predložitveno sodišče podalo dopolnilne navedbe, da bi natančneje opredelilo davčni položaj KNPVP, rezidentov in nerezidentov, ter njihovih vsakokratnih vlagateljev.
26. V postopku pred Sodiščem so tožeča stranka, Republika Portugalska in Evropska komisija podale pisna stališča o predlogu za sprejetje predhodne odločbe in nato o vprašanih Sodišča.

V. Pravna presoja

27. Predložitveno sodišče postavlja pet vprašanj glede skladnosti portugalske določbe davčnega prava s temeljnimi svoboščinami. Z vsemi vprašanji želi predložitveno sodišče ugotoviti, ali je obdavčitev KNPVP, ki je bil ustanovljen po tujem pravu, s sedežem v drugi državi članici, skladna s prostim pretokom kapitala in storitev, če so v nasprotju s tem KNPVP, ki so bili ustanovljeni po portugalskem pravu, s sedežem na Portugalskem oproščeni davka od dohodkov pravnih oseb, vendar so obdavčeni z drugim davkom, kolkovino. Zato je mogoče v skladu z mnenjem Komisije odgovoriti hkrati na vsa vprašanja.

A. Natančna opredelitev vprašanja in upoštevene temeljne svoboščine

28. Predložitveno sodišče sprašuje, ali je podana kršitev prostega pretoka kapitala (člen 63 PDEU) in prostega pretoka storitev (člen 56 PDEU) zaradi v členu 22(3) zakona o davčnih ugodnostih določene oprostitve plačila davka od dohodkov pravnih oseb in v členu 22(10) določene oprostitve pri viru odtegnjenega davka pri izplačilih dividend KNPVP, ki so ustanovljeni po portugalskem pravu in imajo sedež na Portugalskem.

29. Če pa pogledamo natančneje, bi bila izplačila dividend tožeči stranki načeloma prav tako oproščena davkov. Šele člen 14(3) zakona o davku od dohodkov pravnih oseb to izključuje, če in ker tožeča stranka v državi rezidentstva ni obdavčena z davkom od dohodkov pravnih oseb. Zato različno obravnavanje ne izhaja le iz posebnega davčnopravnega režima za KNPVP, ki so bili ustanovljeni po portugalskem pravu in imajo sedež na Portugalskem, temveč tudi iz člena 14(3) zakona o davku od dohodkov pravnih oseb. Ta je očitno namenjen zagotavljanju minimalne obdavčitve dohodkov iz dividend pravnih oseb s sedežem v tujini.

30. Pri tem je treba najprej razjasniti, na podlagi katere temeljne svoboščine je treba preizkusiti to različno obravnavanje. V primeru, v katerem sodišče sprašuje po skladnosti določbe z dvema različnima temeljnima svoboščinama, je treba najprej ugotoviti, s katero od teh dveh temeljnih svoboščin je treba določbo primerjati. V skladu z ustaljeno sodno prakso se to določi glede na predmet zadevne ureditve.⁷

31. Medtem ko je KNPVP, ki je rezident, na podlagi člena 22(3) zakona o davčnih ugodnostih oproščen davka od dohodkov pravnih oseb na izplačila dividend, so nasprotno v skladu s členom 22(10) zakona o davčnih ugodnostih podjetja, ki KNPVP razdelijo dividende, odvezana dolžnosti zadržati tak davek in ga odvesti v državno blagajno.

32. Predmet sporne ureditve v postopku v glavni stvari je torej davčna obremenitev dividend in ne davčna obremenitev storitev.⁸ Zato je treba člen 22(3) in (10) zakona o davčnih ugodnostih in člen 14(3) zakona o davku od dohodkov pravnih oseb primerjati s prostim pretokom kapitala.

⁷ Sodbe z dne 21. junija 2018, Fidelity Funds in drugi (C-480/16, EU:C:2018:480, točka 33); z dne 5. februarja 2014, Hervis Sport- és Divatkereskedelmi (C-385/12, EU:C:2014:47, točka 21), ter z dne 13. novembra 2012, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-35/11, EU:C:2012:707, točka 90) in navedena sodna praksa.

⁸ V tem smislu tudi sodba z dne 21. junija 2018, Fidelity Funds in drugi (C-480/16, EU:C:2018:480, točki 35 in 36); z dne 10. aprila 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, točka 29), in z dne 13. novembra 2012, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-35/11, EU:C:2012:707, točka 92).

Ker gre za dividende iz tako imenovanega razpršenega lastništva, zanje tudi ne velja varstvo iz naslova svobode ustanavljanja.⁹ Posledično je treba preizkusiti zgolj omejitve prostega pretoka kapitala iz člena 63 PDEU.

B. Omejitev prostega pretoka kapitala

33. Iz ustaljene sodne prakse je razvidno, da ukrepi, ki so v skladu s členom 63(1) PDEU prepovedani, ker omejujejo pretok kapitala, obsegajo vse take ukrepe, ki bi lahko odvrčali nerezidente od naložb v državi članici ali bi lahko odvrčali rezidente te države članice od naložb v drugih državah.¹⁰

34. Vendar je treba pri davkih in prispevkih upoštevati, da ti *per se* pomenijo obremenitev in tako vedno zmanjšajo privlačnost kapitalske naložbe. Zato je Sodišče že večkrat presodilo, da finančna avtonomija držav članic obsega to, da lahko države članice določajo pogoje in ravni obdavčitve, če čezmejni položaj ni diskriminatorno obravnavan glede na nacionalni položaj.¹¹ To zmanjšanje pogostosti preizkusov na področju davčne zakonodaje – na katero je pred kratkim izrecno opozoril generalni pravobranilec Hogan¹² – ustreza, če podrobneje pogledamo, razmišljanju, ki je Sodišče v njegovi tako imenovani sodni praksi Keck¹³ spodbudilo, da odstopi od svojega splošnega preizkusa omejitev.¹⁴

35. Zato lahko gre za omejitev prostega prometa kapitala v davčni zakonodaji le, če država članica dividende, ki so izplačane pravnim osebam nerezidentkam, obravnava manj ugodno kot dividende, ki so izplačane pravnim osebam rezidentkam. To namreč lahko odvrne družbe nerezidentke od tega, da bi vlagale v prvo navedeno državo članico, in tako pomeni omejitev prostega pretoka kapitala, ki je na podlagi člena 63 PDEU načeloma prepovedana.¹⁵

1. *Obstoj take omejitve*

36. Na podlagi zakonodaje, za katero gre v postopku v glavni stvari, so le izplačila dividend KNPVP s sedežem v tujini obdavčena s portugalskim davkom od dohodkov pravnih oseb (vendar le, če je ta v tujini prek davka od dohodkov pravnih oseb obdavčen v minimalni višini 60 odstotkov portugalske ravni). Davek od dohodkov pravnih oseb se plača prek pri viru odtegnjenega davka. Za to pa ne gre pri KNPVP, ki je bil ustanovljen po portugalskem pravu in ima sedež na Portugalskem v skladu s členom 22(3) in (10) zakona o davčnih ugodnostih.

⁹ Ne gre namreč za udeležbo, ki bi tožeči stranki dovoljevala, da bi imela odločilen vpliv na odločitve družbe in njeno dejavnost. Glej v zvezi s tem sodbe z dne 13. novembra 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-35/11, EU:C:2012:707, točka 90 in naslednje); z dne 10. februarja 2011, *Haribo Lakritzen Hans Riegel und Österreichische Salinen* (C-436/08 in C-437/08, EU:C:2011:61, točka 35), in z dne 21. oktobra 2010, *Idryma Typou* (C-81/09, EU:C:2010:622, točka 47).

¹⁰ Sodba z dne 21. junija 2018, *Fidelity Funds in drugi* (C-480/16, EU:C:2018:480, točka 40); z dne 2. junija 2016, *Pensioenfonds Metaal en Techniek* (C-252/14, EU:C:2016:402, točka 27), in z dne 8. novembra 2012, *Komisija/Finska* (C-342/10, EU:C:2012:688, točka 28).

¹¹ Glej v tem smislu sodbi z dne 26. maja 2016, *NN (L) International* (C-48/15, EU:C:2016:356, točka 47), in z dne 14. aprila 2016, *Sparkasse Allgäu* (C-522/14, EU:C:2016:253, točka 29), sklep z dne 4. junija 2009, *KBC-bank* (C-439/07 in C-499/07, EU:C:2009:339, točka 80), ter sodbo z dne 6. decembra 2007, *Columbus Container Services* (C-298/05, EU:C:2007:754, točki 51 in 53).

¹² Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Hogana v zadevi *Autoridade Tributária e Aduaneira (Davek na dobičke iz kapitala od odsvojitve nepremičnin)* (C-388/19, EU:C:2020:940, točka 36 in naslednje).

¹³ Sodba z dne 24. novembra 1993, *Keck in Mithouard* (C-267/91 in C-268/91, EU:C:1993:905, točka 16).

¹⁴ Glej v zvezi s tem podrobneje moje sklepne predloge v zadevi *Google Ireland* (C-482/18, EU:C:2019:728, točka 35 in naslednje).

¹⁵ Glej v tem smislu sodbe z dne 21. junija 2018, *Fidelity Funds in drugi* (C-480/16, EU:C:2018:480, točka 44); z dne 2. junija 2016, *Pensioenfonds Metaal en Techniek* (C-252/14, EU:C:2016:402, točka 28), in z dne 8. novembra 2012, *Komisija/Finska* (C-342/10, EU:C:2012:688, točka 33).

37. Sicer mora vsaka država članica ob upoštevanju prava Unije organizirati svoj sistem obdavčitve razdeljenih dobičkov in v tem okviru določiti davčno osnovo, ki se bo uporabila za imetnika kapitalske naložbe, ki je prejemnik, in zanj veljavno davčno stopnjo.¹⁶ Iz tega sledi, da lahko države članice za spodbujanje uporabe kolektivnih naložbenih podjetij določijo posebno ureditev obdavčitve, ki velja za te podjetje in za dividende, ki jih ti prejmejo, ter vsebinske in formalne pogoje, ki jih je treba izpolniti, da se taka ureditev lahko koristi.¹⁷

38. Vendar morajo države članice svojo davčno avtonomijo izvrševati ob spoštovanju zahtev, ki izhajajo iz prava Unije, zlasti tistih, ki jih določajo določbe Pogodbe o prostem pretoku kapitala.¹⁸ Posledično uvedba posebne ureditve obdavčitve za KNPVP glede na njihovo rezidentstvo ne sme pomeniti omejitve prostega pretoka kapitala.

a) Obstoj omejitve ob ločeni obravnavi obdavčitve KNPVP z davkom od dohodkov pravnih oseb

39. Na prvi pogled bi lahko zato na podlagi mnenja Komisije in tožeče stranke tukaj zastopali stališče, da bi zgoraj navedene določbe lahko vplivale na KNPVP s sedežem v drugi državi članici in ga odvrnile od vlaganj v podjetja s sedežem na Portugalskem.

40. Na Portugalskem zadržanega davka se tožeči stranki namreč v Nemčiji ne more odbiti, ker na podlagi transparentnega načina obdavčitve v Nemčiji (v zvezi s tem točki 21 in 22) prav tako ni obdavčitve z davkom od dohodkov pravnih oseb. Sicer lahko portugalska državna blagajna tožeči stranki – na podlagi KIDO med Nemčijo in Portugalsko – na njeno zahtevo povrne del zadržanega davka. Vendar so tudi dividende, ki ji jih izplačujejo portugalska podjetja, prav tako obremenjene s portugalskim davkom od dohodkov pravnih oseb v višini 15 odstotkov. Za dividende, ki jih portugalska podjetja izplačajo KNPVP, ki je rezident Portugalske, pa ta obremenitev ne velja.

41. To znižuje višino kapitalskega dobička in s tem donosnost naložb tožeče stranke v portugalska podjetja in bi lahko ob ločeni obravnavi tožečo stranko odvrnilo od vlaganj na Portugalskem. Tako bi lahko potrdili omejitev prostega pretoka kapitala.

42. Kot pa je mogoče razbrati iz sodne prakse Sodišča v zadevi Pensioenfonds Metaal en Techniek¹⁹, se glede vprašanja omejitve prostega pretoka kapitala ni mogoče opreti zgolj na oprostitev ene vrste davka. Upoštevati je namreč treba celotno davčno okolje obdavčitve KNPVP, izvesti je torej treba celovito (materialno) obravnavo.

¹⁶ Sodbe z dne 30. januarja 2020, Köln-Aktienfonds Deka (C-156/17, EU:C:2020:51, točka 42); z dne 30. junija 2016, Riskin in Timmermans (C-176/15, EU:C:2016:488, točka 29); z dne 20. oktobra 2011, Komisija/Nemčija (C-284/09, EU:C:2011:670, točka 45), in z dne 20. maja 2008, Orange European Smallcap Fund (C-194/06, EU:C:2008:289, točka 30).

¹⁷ Sodbe z dne 30. januarja 2020, Köln-Aktienfonds Deka (C-156/17, EU:C:2020:51, točka 43); z dne 24. oktobra 2018, Sauvage in Lejeune (C-602/17, EU:C:2018:856, točka 34), in z dne 9. oktobra 2014, van Caster (C-326/12, EU:C:2014:2269, točka 47).

¹⁸ Sodbi z dne 30. januarja 2020, Köln-Aktienfonds Deka (C-156/17, EU:C:2020:51, točka 45), in z dne 30. junija 2011, Meilicke in drugi (C-262/09, EU:C:2011:438, točka 38).

¹⁹ Sodba z dne 2. junija 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, točka 29 in naslednje).

b) Glede obstoja omejitve ob celoviti obravnavi obdavčitve KNPVP na Portugalskem

1) Davčna oprostitve v primerjavi z obdavčitvijo na drug način

43. Ob podrobnem pregledu za KNPVP na Portugalskem ni davčne oprostitve. Za KNPVP, v zvezi z dividendami, ki se jim izplačajo, se namreč uporabljata le dva različna sistema obdavčitve, odvisno od tega, ali imajo status rezidenta na ozemlju države članice, v kateri ima sedež družba, ki razdeli dividende.

44. Iz predloga za sprejetje predhodne odločbe oziroma iz dopolnilne izjave predložitvenega sodišča po poizvedbah Sodišča in izjave Portugalske namreč izhaja, da se je Portugalska od 2015 dalje odločila za posebni sistem obdavčitve za KNPVP, ki so njeni rezidenti.

45. Z izvzetjem kapitalskih dohodkov KNPVP, ki je rezident, iz obdavčitve z davkom od dohodkov pravih oseb je bila vzporedno uvedena posebna kolkovina. Kot je predložitveno sodišče potrdilo, sta posebni davčni režim iz člena 22 zakona o davčnih ugodnostih za KNPVP, ki so rezidenti, in kolkovina, povezana. Kolkovina je nadomestila prej izvedeno obdavčitev izplačil dividend z davkom od dohodkov pravih oseb. Velja – kot potrjuje predložitveno sodišče – le za KNPVP, ki so rezidenti Portugalske. Na podlagi navedb Portugalske naj bi se tako prenesla obdavčitev po načelu „izstopne obdavčitve“.

46. To ureditev razumem tako, da so od KNPVP prejete dividende in druga premoženjska sredstva obdavčeni z davkom na dohodke iz kapitala šele ob izplačilu vlagatelju na njegovi ravni. V vmesnem obdobju pa so z drugim davkom, kolkovino, obdavčena vsako četrletje. Zato je položaj močno podoben položaju, na katerem je temeljila sodba Pensioenfonds Metaal en Techniek²⁰. Tam so bili nacionalni pokojninski skladi namesto z običajnim davkom od dohodkov pravih oseb obdavčeni s posebnim davkom na dohodke iz kapitala, ki je bil prav tako izveden iz premoženja in so ga posamezni udeleženci tudi šteli kot davek na premoženje.²¹

47. Neodvisno od vprašanja, ali je treba to kolkovino dogmatsko dejansko šteti bolj – kot poudarja Komisija – kot neke vrste davek na premoženje ali pa kot neki poseben davek na dohodke iz kapitala na podlagi neto knjigovodske vrednosti, so s tem obdavčene tudi dividende, ki se jih v nadaljevanju ne razdeli (zadrži). Davčna ureditev na Portugalskem zato pri KNPVP, ki je rezident, razlikujejo med zadržanimi in takoj dalje razdeljenimi kapitalskimi dohodki. Poleg tega ta davek ne zajema le zadržanih dobičkov iz dividend, temveč celoten kapital KNPVP. Tako so obdavčene vse kapitalske naložbe in ne le kapitalske naložbe portugalskih podjetij.

48. Tudi glede portugalskih dividend, ki so takoj razdeljene vlagateljem, se KNPVP, ki je rezident, obdavči s kolkovino na podlagi kapitalskih naložb, ki so podlaga teh dividend. Po mojem mnenju je le vprašanje načina obdavčitve, ali se zdaj veliko višji kapital obdavči z veliko nižjim davkom (kolkovina) ali pa se veliko nižja razdelitev na podlagi kapitala obdavči z višjim davkom (15 odstotkov na izplačila dividend). Če naj dosedanji kapital ostane enak, je treba tudi kolkovino izplačati iz prihodkov od dividend (ob predpostavki, da KNPVP nima drugih dohodkov). Zato v tem smislu ne drži trditev, ki jo tožeča stranka večkrat ponovi, da naj Portugalska ne bi

²⁰ Sodba z dne 2. junija 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, točka 29 in naslednje).

²¹ Glej v zvezi s tem tudi sklepne predloge generalnega pravobranilca Szpunarja v zadevi Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2015:571, točka 23).

obdavčevala dividend, ki se izplačujejo KNPVP, ki je rezident. Ta drugačen način obdavčitve ničesar ne spremeni glede okoliščine, da se portugalski KNPVP s sedežem na Portugalskem obdavči na podlagi njegovih kapitalskih naložb v portugalskih podjetjih.

49. V tem se ta primer razlikuje – kot Portugalska pravilno poudarja – tudi od drugih primerov, na katerih sta temeljili sodbi Sodišča v zadevah *Fidelity Funds*²² in *Denkavit International in Denkavit France*²³. V njih se je država izvora odpovedala obdavčitvi KNPVP, ki je bila rezidentka, medtem ko se Portugalska tukaj ne odpoveduje obdavčitvi, temveč uporabi drug način obdavčitve. Kot v sodbi *Pensioenfonds Metaal en Techniek*²⁴ je tudi tukaj treba pri presoji, ali gre za omejitev, upoštevati ta drugi način obdavčitve.

50. Zato tudi ponazoritve in hipotetični primerjalni računi, ki jih je priložila tožeča stranka, niso preveč prepričljivi. Tožeča stranka je pri tem med drugim menila, da se je mogoče obdavčitvi brez nadaljnega izogniti prek portugalskega KNPVP. To je le deloma točno. Posredniškemu KNPVP sicer od dividend ne bi bilo treba plačati davka od dohodkov pravnih oseb, vendar bi moral vsako četrletje obdavčiti svoj celotni kapital, kar pa nazadnje zmanjšuje tudi dobiček vlagateljev tega KNPVP, saj se ta kolkovina plačuje iz dobičkov KNPVP. Katera varianta je ugodnejša, je odvisno od tega, kako visoka je bila dividenda v razmerju do kapitala. V letih, v katerih portugalsko podjetje ne razdeli nobenih dividend, bi bilo „posredništvo“ KNPVP, ki je rezident, z davčnega vidika prej neugodno.

2) Pomen polnega odbitka v državi rezidentki

51. Poleg tega obstaja dodatna okoliščina, ki v vlogah udeležencev ni bila dovolj upoštevana in je povezana s smislom in namenom KNPVP.

52. Tako gre pri KNPVP za posebno sredstvo za naložbo, ki je namenjeno temu, da zasebnim vlagateljem omogoči, da brez povečanega upravnega bremena vlagajo denar na trgu vrednostnih papirjev in so pri tem deležni posebnega varstva. Med drugim to izhaja iz uvodne izjave 3 Direktive 2009/65/ES in omejitve KNPVP na določene naložbene razrede, posebne dolžnosti poročanja, poenostavitve prodajnih zložen, večje stroškovne transparentnosti in njenega posebnega nadzora, ki ga izvajajo nadzorni organi.

53. Donos ne bi smel biti nižji kot pri neposredni naložbi v podjetje, da bi bili zasebni vlagatelji pripravljene prek takega KNPVP postati aktivni na trgu vrednostnih papirjev. Temu ustrezno je obdavčitev KNPVP praviloma oblikovana tako, da za vlagatelje s finančnega vidika ni nobene razlike, ali opravijo naložbe v podjetje neposredno ali posredno kot vlagatelji KNPVP.

54. Da bi dosegla ta cilj, se je Nemčija za zadevno davčno obdobje odločila, da bo KNPVP obravnavala kot transparenten davčni subjekt. Posledica tega pa je, da je *per se* izključen odbitek portugalske obdavčitve z davkom od dohodkov pravnih oseb na ravni KNPVP. Na podlagi tega (nemškega) načina obdavčitve je možen le odbitek na ravni vlagateljev. Če se ta opravi v državi rezidentstva – tu v Nemčiji – pa se tega vlagatelja ne bo odvrnilo od naložbe v KNPVP, ki opravlja naložbe v portugalska podjetja.

²² Sodba z dne 21. junija 2018, *Fidelity Funds* in drugi (C-480/16, EU:C:2018:480, točka 42 in naslednje).

²³ Sodba z dne 14. decembra 2006 (C-170/05, EU:C:2006:783, točka 37 in naslednje).

²⁴ Sodba z dne 2. junija 2016 (C-252/14, EU:C:2016:402).

55. Kot je Sodišče že navedlo, je vprašanje odbitka obremenitve z davčnim odtegljajem pri viru, ki ga izvede država rezidentstva, tudi odločilno merilo za ugotavljanje neugodne obravnave.²⁵ Če pa odbitek na ravni KNPVP iz davčno-sistemskih razlogov ni možen in je možen le na ravni vlagateljev, potem je dejanski odbitek na ravni vlagateljev prav tako upošteven kot odbitek na ravni KNPVP.

56. Če Nemčija torej od vlagateljevega dolga iz naslova dohodnine dejansko odbije portugalsko predhodno davčno obremenitev (15 odstotkov) – kar mora preučiti predložitveno sodišče – je v tem primeru mogoče domnevati kvečjemu formalno različno obravnavanje KNPVP, ne pa različnega obravnavanja vlagateljev v materialnem smislu. Ker je smisel in namen KNPVP zgolj v tem, da vlagateljem omogoči dostop do naložb na trgu vrednostnih papirjev, je upošteven le njihov zorni kot.

57. Če pa ne pride do odbitka, gre za neenako obravnavanje zaradi različnih načinov obdavčitve. Razlika med obema načinoma obdavčitve je pri tem zlasti v metodi obračunavanja davčne osnove (kapital v primerjavi z izplačilom dividend), nominalni davčni stopnji (štirikrat na leto 0,0125 odstotka v primerjavi s 15 odstotki, enkrat ob razdelitvi) in načinih obdavčitve (četrletno v primerjavi z ob izplačilu).

58. Glede vprašanja, ali zakonodaja države članice, kakršna je ta v postopku v glavni stvari, pomeni omejitev prostega pretoka kapitala, je treba ugotoviti, ali tako različno obravnavanje obdavčitve dividend, ki jih prejmejo KNPVP, glede na to, ali imajo ti status rezidenta, povzroči manj ugodno obravnavanje nerezidenčnih KNPVP v primerjavi z rezidenčnimi KNPVP.²⁶

59. Predložitveno sodišče, ki je edino pristojno za podrobno obravnavanje dejanskega stanja zadeve, o kateri odloča, mora presoditi, ali ima glede dividend iz postopka v glavni stvari uporaba odtegnitve pri viru po 15-odstotni stopnji, ki je določena z dvostransko konvencijo o izogibanju dvojnega obdavčevanja, to posledico za tožečo stranko iz postopka v glavni stvari, da ta tožeča stranka nazadnje na Portugalskem nosi večje davčno breme za istovrstne dividende kot rezidenčni KNPVP v položaju tožeče stranke (to pomeni z njenim premoženjem).²⁷ Upošteveno časovno obdobje pri tem je – kot je Sodišče že odločilo²⁸ – posamezno davčno leto.

2. Predlog

60. Če bi se torej ugotovilo, da četrletna kolkovina, ki ne zajema le nerazdeljenih dividend, temveč tudi kapital, ustreza primerljivi davčni obremenitvi v višini 15 odstotkov obremenitve dividend, ki so izplačane tožeči stranki, potem sploh ne gre za manj ugodno obravnavanje in tudi nobeno omejitev prostega pretoka kapitala. Ker ima davčni zakonodajalec pri oblikovanju različnih sistemov obdavčitve običajno določeno diskrecijsko pravico, da uvede pavšal, bi morale zadoščati, da raven obdavčitve ni povsem identična, ampak le približno primerljiva.

61. V tem primeru bi bilo mogoče zahtevke tožeče stranke enačiti s tako imenovanim „pobiranjem rozin“, saj želi kot rezidenčni KNPVP doseči oprostitev davka od dohodkov pravnih oseb, vendar ne nosi obdavčitve s kolkovino, ki je bila v povezavi z oprostitvijo uvedena kot

²⁵ V tem smislu sodba z dne 14. decembra 2006, Denkavit Internationaal in Denkavit France (C-170/05, EU:C:2006:783, točka 44 in naslednje).

²⁶ V tem smislu izrecno sodba z dne 2. junija 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, točka 33).

²⁷ Glej v tem smislu sodbi z dne 2. junija 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, točka 34), in z dne 17. septembra 2015, Miljoen in drugi (C-10/14, C-14/14 in C-17/14, EU:C:2015:608, točka 48).

²⁸ Sodba z dne 2. junija 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, točka 41).

ekvivalent. Vendar s tem ne zahteva enakega obravnavanja kot pri KNPVP, ki je rezident te države, temveč boljši položaj. Temeljne svoboščine pa niso namenjene dajanju prednosti čezmejnemu primeru, temveč „le“ enakemu obravnavanju.²⁹

62. Če pa bi se ugotovilo, da četrtna kolkovina tu pripelje do davčno bistveno ugodnejšega obravnavanja rezidenčnih KNPVP, lahko to nerezidenčne KNPVP odvrne od tega, da bi v zadevni državi članici opravili naložbe, in zato pomeni omejitev prostega pretoka kapitala, ki je v skladu s členom 63 PDEU načeloma prepovedana.

C. Utemeljitev omejitve prostega pretoka kapitala

63. V zadnjenavedenem primeru je treba preizkusiti, ali je ta omejitev upravičena. Iz ustaljene sodne prakse Sodišča³⁰ je lahko nacionalno davčno ureditev, ki razlikuje med obdavčitvijo rezidentov in nerezidentov, le tedaj šteti kot skladno z določbami Pogodbe o prostem pretoku kapitala, kadar se v njej določeno različno obravnavanje nanaša na položaje, ki jih ni mogoče objektivno med seboj primerjati (o tem pod točko 2), ali pri katerih je različno obravnavanje upravičeno zaradi nujnega razloga splošnega interesa (o tem pod točko 3). Preizkus prostega pretoka kapitala se ob tem zgleduje po drugih temeljnih svoboščinah, pri čemer je treba upoštevati posebnosti prostega pretoka kapitala (o tem pod točko 1).

1. Posebnosti prostega pretoka kapitala

64. Prosti pretok kapitala obsega – drugače kot druge temeljne svoboščine – omejitev svojega področja varstva pri davčnih omejitvah. V skladu s členom 65(1)(a) PDEU namreč člen 63 PDEU ne vpliva na pravico držav članic, da uporabijo upoštevne določbe svojega davčnega prava, ki različno obravnavajo davčne zavezance z različnim prebivališčem ali krajem, kjer je naložen njihov kapital. To je tudi razumljivo glede na njeno večje področje uporabe. Prosti pretok kapitala zajema – drugače kot druge temeljne svoboščine – tudi konstelacije s tretjimi državami.

65. V skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišča pa je treba to določbo, glede na to, da pomeni izjemo od temeljnega načela prostega pretoka kapitala, razlagati ozko. Zato je ni mogoče razlagati tako, da naj bi bila vsaka davčna zakonodaja, ki različno obravnava davčne zavezance glede na kraj prebivališča ali glede na državo, v katero vlagajo svoj kapital, takoj združljiva s Pogodbo DEU. Izjema, določena v členu 65(1)(a) PDEU, je namreč omejena s členom 65(3) PDEU, ki določa, da nacionalne določbe, navedene v odstavku 1 tega člena, „ne smejo biti sredstvo samovoljne diskriminacije ali prikritega omejevanja prostega pretoka kapitala in plačil iz člena 63 [PDEU]“.³¹

²⁹ Glej v zvezi s tem podrobneje moje sklepne predloge v zadevi Google Ireland (C-482/18, EU:C:2019:728, točka 35 in naslednje); glej tudi novejšje sklepne predloge generalnega pravobranilca Hogana v zadevi Autoridade Tributária e Aduaneira (Davek na dobičke iz kapitala od odsvojitve nepremičnin) (C-388/19, EU:C:2020:940, točka 36 in naslednje).

³⁰ Sodbe z dne 21. junija 2018, Fidelity Funds in drugi (C-480/16, EU:C:2018:480, točka 48); z dne 10. aprila 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, točka 57); z dne 10. maja 2012, Santander Asset Management SGIC in drugi (od C-338/11 do C-347/11, EU:C:2012:286, točka 23), in z dne 6. junija 2000, Verkooijen (C-35/98, EU:C:2000:294, točka 43).

³¹ Sodbe z dne 21. junija 2018, Fidelity Funds in drugi (C-480/16, EU:C:2018:480, točka 47); z dne 2. junija 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, točka 46), in z dne 10. aprila 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, točki 55 in 56 ter navedena sodna praksa).

66. Posledično – tako nadaljuje Sodišče – je treba razlikovati med različnim obravnavanjem, ki ga člen 65(1)(a) PDEU dopušča, in diskriminacijo, ki je s členom 65(3) PDEU prepovedana.³² Vendar ostajajo v sodni praksi Sodišča merila, po katerih je mogoče to dopustno različno obravnavanje (člen 65(1)(a) PDEU) razlikovati od v členu 65(3) PDEU prepovedane samovoljne diskriminacije ali prikritega omejevanja, odprta. Pri tem pa Sodišče uporabi običajno formulacijo, ki se uporabi tudi pri vseh drugih temeljnih svoboščinah.

67. Potemtakem se mora v njej določeno različno obravnavanje – da bi bilo mogoče nacionalno davčno zakonodajo šteti za združljivo s temeljnimi svoboščinami – nanašati na položaje, ki niso objektivno primerljivi, oziroma mora biti upravičeno z nujnim razlogom v splošnem interesu.³³

68. Zdi pa se mi vprašljivo, ali so s tem v zadostni meri upoštewane zgoraj navedene posebnosti prostega pretoka kapitala. Generalni pravobranilec Szpunar je v sklepnih predlogih v zadevi Pensioenfonds Metaal en Techniek zastopal stališče,³⁴ da Sodišče te posebnosti upošteva tako, da šteje, da položaj rezidenčnih in položaj nerezidenčnih davčnih zavezancev načeloma nista primerljiva. Ta ugotovitev lahko velja za starejšo sodno prakso, kot v sodbi Schumacker. Tu pa je bilo razjasnjeno, da glede neposrednih davkov položaj rezidentov in položaj nerezidentov nista primerljiva.³⁵

69. V obravnavani novejši sodni praksi Sodišča pa je prej opaziti nasprotno težnjo. Tako je navedeno, da se primerljivost preizkusi le glede upoštevnih razlikovalnih meril, ki jih določa zadevna ureditev.³⁶ Tako se primerljivost čezmejnega položaja z notranjim položajem tudi na področju uporabe prostega pretoka kapitala preuči pod enakimi pogoji kot pri drugih temeljnih svoboščinah: ob upoštevanju cilja zadevnih nacionalnih določb³⁷ ter njihovega predmeta in vsebine³⁸.

70. Če bi Sodišče menilo, da je v skladu s členom 65(3) PDEU prepovedano „samovoljno diskriminacijo“³⁹ mogoče izenačiti z običajno diskriminacijo, ki je pri drugih temeljnih svoboščinah v davčni zakonodaji prepovedana, potem je pa treba zgoraj omenjene posebnosti prostega pretoka kapitala v zvezi z davčno zakonodajo držav članic upoštevati najpozneje pri tehtanju v okviru preizkusa sorazmernosti.

³² Sodbe z dne 21. junija 2018, Fidelity Funds in drugi (C-480/16, EU:C:2018:480, točka 48), z dne 2. junija 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, točka 47), in z dne 10. maja 2012, Santander Asset Management SGIIC in drugi (od C-338/11 do C-347/11, EU:C:2012:286, točka 23 in navedena sodna praksa).

³³ Glej le – neizčrpno: sodbe z dne 21. junija 2018, Fidelity Funds in drugi (C-480/16, EU:C:2018:480, točka 48); z dne 2. junija 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, točka 47); z dne 1. decembra 2011, Komisija/Belgija (C-250/08, EU:C:2011:793, točka 51); z dne 7. septembra 2004, Manninen (C-319/02, EU:C:2004:484, točka 29), in z dne 6. junija 2000, Verkooijen (C-35/98, EU:C:2000:294, točka 43).

³⁴ Sklepnji predlogi generalnega pravobranilca Szpunarja v zadevi Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2015:571, točka 2).

³⁵ Sodba z dne 14. februarja 1995, Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, točka 31), potrjena tudi v sodbah z dne 22. decembra 2008, Truck Center (C-282/07, EU:C:2008:762, točka 38), in z dne 5. julija 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424, točka 26).

³⁶ Sodbe z dne 21. junija 2018, Fidelity Funds in drugi (C-480/16, EU:C:2018:480, točka 51); z dne 2. junija 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, točka 49), in 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). V sodbi z dne 26. februarja 2019, N Luxembourg 1 in drugi (C-115/16, C-118/16, C-119/16 in C-299/16, EU:C:2019:134, točka 162 in naslednje), Sodišče celo meni, da gre za omejitev prostega pretoka kapitala že tedaj, ko pri čezmejnem dejanskem stanju ni zagotovljena likvidnostna prednost, je pa ta zagotovljena pri enakovrednem nacionalnem dejanskem stanju. Obdavčitev s pri viru odtegnjenim davkom v primerjavi s (kasnejšo) odmero davka je *per se* likvidnostno manj ugodna, tudi če se ta pomanjkljivost zmanjša s predplačili.

³⁷ Sodbi z dne 2. junija 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, točka 48), in z dne 8. novembra 2012, Komisija/Finska (C-342/10, EU:C:2012:688, točka 36 in tam navedena sodna praksa).

³⁸ Sodbi z dne 2. junija 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, točka 48), in z dne 10. maja 2012, Komisija/Estonija (C-39/10, EU:C:2012:282, točka 51).

³⁹ Obstoj „prikrite omejitve“ v smislu člena 65(3) PDEU pa je mogoče bržkone izključiti pri ureditvi, ki je vezana na sedež.

71. Glede tega je bila raven varstva prostega pretoka kapitala v primerjavi z omejitvami na podlagi davčnih predpisov po mojem mnenju znižana s spremembo v Maastrichtski pogodbi⁴⁰, z vnosom sedanjega člena 65 PDEU. Posledično je treba v teh primerih prostemu pretoku kapitala, pri tehtanju ciljev razlikovanja v državah članicah, pripisati manjšo težo kot pri tehtanju z drugimi temeljnimi svoboščinami.⁴¹ Z drugimi besedami, omejitev prostega pretoka kapitala je lahko zaradi davčnih predpisov, ki so vezani na rezidentstvo, lažje upravičiti kot na primer omejitev svobode ustanavljanja. K temu se bom vrnila v okviru preizkusa sorazmernosti.

2. Primerljivost notranjega in tujega dejanskega stanja

72. Kot je zgoraj navedeno, je treba primerljivost čezmejnega dejanskega stanja z notranjim dejanskim stanjem preučiti ob upoštevanju cilja, kateremu se sledi s spornimi nacionalnimi določbami, ter njihovega namena in vsebine. Ob tem je treba pri presoji, ali je različno obravnavanje, ki izhaja iz zadevne ureditve, odraz tega, da so položaji objektivno različni, upoštevati le upoštevna merila razlikovanja, ki jih določa zadevna ureditev.⁴²

73. Način obdavčitve se tu navezuje na merilo razlikovanja, ki v bistvenem sloni na sedežu KNPVP, ki prejme dividende. Zato je treba preučiti, ali so rezidenčni in nerezidenčni KNPVP glede na cilj ter namen in vsebino ureditve, za katero gre v postopku v glavni stvari, v primerljivem položaju.

74. Glede tega je treba poudariti, da se z obdavčitvijo, ki velja za rezidenčne KNPVP, zasleduje drug cilj kot z obdavčitvijo, ki se uporabi za nerezidenčne KNPVP. Medtem ko se pri rezidenčnih KNPVP obdavči vsa, na podlagi neto knjigovodske vrednosti obračunana sredstva, in se neodvisno od dejanske razdelitve dividend v zadevnem davčnem obdobju uporabi pavšalna davčna stopnja, se pri nerezidenčnih KNPVP obdavčijo le dividende, ki so jih v tem davčnem obdobju prejeli na Portugalskem.

75. Ta poseben način obdavčitve izhaja očitno iz posebnega namena KNPVP. Ta je namenjen temu, da zasebnim vlagateljem omogoča, da brez povečanega upravnega bremena vlagajo denar na trgu vrednostnih papirjev in so ob tem deležni posebnega varstva (o tem zgoraj v točki 52 in 53).

76. Neposrednega vlagatelja pa bi tudi šele v trenutku, ko bi prejel dividendo, obremenil davek od dohodka iz kapitala. Portugalska se je očitno odločila za ustrezen posebni davek, s katerim se štirikrat letno s pavšalno obdavčitvijo obdavči celotno premoženje rezidenčnega KNPVP, da bi lahko bila do takrat deležna povečanja vrednosti osnovnega premoženja, neodvisno od tega, ali se s tem premoženjem dosežejo dohodki, zlasti dividende. Tako se Portugalski zagotovijo nižji, vendar stalni davčni prihodki, ne da bi bilo treba čakati na razdelitev vlagateljem. Z vidika obdavčitve glede na učinkovitost se s kolkovino prej prikrajšajo rezidenčni KNPVP, ker ti nosijo davčno breme, tudi če ne dosežejo nobenih dohodkov. Iz tega potem verjetno izhaja tudi nominalno zelo nizka davčna stopnja kolkovine. Nerezidenčen KNPVP se v nasprotju s tem – tedaj nominalno, a bistveno višje – obdavči, ko se njegova finančna zmožnost poveča zaradi izplačila dividend.

⁴⁰ Pogodba o Evropski uniji z dne 7. februarja 1992 (UL 1992, C 191, str. 1).

⁴¹ Glej moje sklepe predloge v zadevi Q (C-133/13, EU:C:2014:2255, točka 48), in *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, München 2018, člen 3, točka 94 na koncu.

⁴² Sodbi z dne 2. junija 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, točka 49), in z dne 10. maja 2012, Santander Asset Management SGIC in drugi (od C-338/11 do C-347/11, EU:C:2012:286, točka 28).

77. Zato tudi glede tega ne velja nič drugega kot to, kar je Sodišče že navedlo v zadevi Pensioenfonds Metaal en Techniek.⁴³ Obdavčitev rezidenčnih KNPVP izvaja Portugalska kot država sedeža tega KNPVP, ki ima glede tega davčno pristojnost v zvezi z vsemi njihovimi dohodki, in tu tudi vsega njihovega premoženja.

78. Kot izhaja iz sodne prakse Sodišča, je treba zavzeti stališče, da je tudi glede davka od premoženja položaj nerezidenta drugačen kot položaj rezidenta, saj se ne samo bistveni del dohodkov, ampak tudi bistveni del premoženja zadnjega po navadi nahaja v državi, katere rezident je.⁴⁴ Iz tega izhaja, da davčni zavezanec, ki ima le nebistveni del svojega premoženja v drugi državi članici in ne v državi, katere rezident je, na splošno ni v primerljivem položaju, kot je položaj rezidentov te druge države članice.⁴⁵ To naj bi veljalo tudi za KNPVP.

79. V zvezi s tožečo stranko s sedežem v Nemčiji ima Portugalska v skladu s Konvencijo o izogibanju dvojnega obdavčevanja, sklenjeno z Nemčijo, le pravico obdavčevati prihodke, ki izhajajo iz premoženja tega KNPVP, ki se nahaja na Portugalskem. Tako Portugalska kot država izvora dividend obdavčuje dividende, ki jih pridobijo nerezidenčni KNPVP.

80. Ker Portugalska v skladu s to konvencijo nima pravice obdavčevanja premoženja nerezidenčnega KNPVP, ki se – kot je obravnavano v postopku v glavni stvari – ne nahaja na njenem ozemlju, zgolj okoliščina, da je nekaj premoženja povezanega s Portugalsko, ne more privedi do tega, da Portugalska obdavči celotno premoženje.

81. V teh okoliščinah glede nerezidenčnih KNPVP ni mogoče doseči cilja, ki mu zasledi nacionalna ureditev, za katero gre v postopku v glavni stvari, in sicer da bi uvedli tako imenovano izstopno obdavčenje za vlagatelje v KNPVP, in do razdelitve dividend izvedli le obdavčenje na podlagi premoženja KNPVP.

82. Tega cilja prav tako ni mogoče doseči z obdavčenjem dividend, ki jih prejmejo nerezidenčni KNPVP na podlagi metode s kolkovino (to je obdavčenje pripadajočega „portugalskega“ kapitala). To izhaja iz tega, da je mogoče po pravilih Konvencije o izogibanju dvojnega obdavčevanja z Nemčijo (in splošnih standardih OECD) nerezidenčne KNPVP obdavčiti le tedaj, ko se jim izplačajo dividende.

83. Posledično je treba glede na cilj, ki mu sledi nacionalna zakonodaja, ter njen namen in njeno vsebino ugotoviti, da položaj nerezidenčnega KNPVP ni primerljiv s položajem rezidenčnega KNPVP.

84. Tak izid ustreza tudi oceni, ki jo je mogoče najti v členu 65(1)(a) PDEU, in dejstvu, da ne gre za nedovoljeno samovoljno diskriminacijo iz člena 65(3) PDEU. Kolkovino je zagotovo mogoče iz različnih razlogov kritizirati ali šteti za nenavadno. Na podlagi zgoraj razdelanih omejenih pravic obdavčitve pa je tako različno obravnavanje rezidenčnih in nerezidenčnih KNPVP razumljivo, zato ni samovoljno v smislu člena 65(3) PDEU.

⁴³ Sodba z dne 2. junija 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, točka 55 in naslednje).

⁴⁴ Sodba z dne 5. julija 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424, točka 37).

⁴⁵ Tako izrecno v sodbi z dne 5. julija 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424, točka 38).

3. Podredno: utemeljitveni razlogi za različno obravnavanje

85. Le za primer, da bi Sodišče domnevalo primerljivost položajev, je treba preučiti, ali je mogoče opravičiti različno obdavčitev rezidenčnih in nerezidenčnih KNPVP. Na podlagi sodne prakse Sodišča je nacionalno davčno ureditev mogoče šteti kot skladno z določbami Pogodbe o prostem pretoku kapitala takrat, kadar je različno obravnavanje upravičeno z nujnimi razlogi v splošnem interesu.⁴⁶

86. Kot utemeljitvene razloge je tu mogoče upoštevati ohranitev enakomerne porazdelitve davčne pristojnosti med državami članicami (o tem pod točko a), izogibanje neobdavčitvi (o tem pod točko b) in ohranitev doslednosti portugalskega davčnega sistema (o tem pod točko c). Poleg tega mora biti ukrep (tu različen način obdavčitve) sorazmeren, to pomeni primeren za zagotavljanje doseganja njegovega cilja, in ne sme preseči tistega, kar je za to potrebno (o tem pod točko d).

a) Utemeljiten razlog ohranitve enakomerne porazdelitve davčne pristojnosti

87. Enakomerna porazdelitev davčne pristojnosti med državami članicami je legitimni cilj, ki ga Sodišče priznava.⁴⁷ Ta cilj je izraz fiskalne suverenosti držav članic. Ta vključuje pravico države, da štiti svoje davčne prihodke, zlasti glede dobičkov, doseženih na njenem ozemlju (načelo teritorialnosti), in pravico države, da svojo davčno zakonodajo določa avtonomno (načelo avtonomije).

88. Sicer je Sodišče – kot je poudarila tudi Komisija – že razsodilo, da se država članica, če se je odločila, da KNPVP, ki so rezidenti in so upravičeni do nacionalnih dividend, ne bo obdavčila, ne more sklicevati na nujnost zagotovitve enakomerne razdelitve davčne pristojnosti med državami članicami, da bi s tem upravičila obdavčitev KNPVP, ki so nerezidenti in imajo take prihodke.⁴⁸

89. Ta skupina primerov pa tu ni upoštevna. Kot je pojasnjeno že zgoraj, rezidenčni KNPVP na Portugalskem niso oproščeni vseh davkov, ampak so le drugače obdavčeni. Portugalska se je odločila, da rezidenčnim KNPVP vsako četrletje obdavči celotno neto knjigovodsko vrednost premoženja po razmeroma nizki davčni stopnji. To je odločitev, ki glede nerezidenčnih KNPVP tako ni bila mogoča. Pri teh je lahko Portugalska, vsaj po merilih mednarodnega prava, posegla le na dohodke iz portugalskega vira (glej člen 10 VK OECD oziroma člen 10 KIDO med Nemčijo in Portugalsko).

90. Različna davčna obremenitev, ki iz tega izhaja, je – prav tako kot morebitno poslabšanje likvidnosti, ki je neločljivo povezano z vsakim davkom, odtegnjenim pri viru, ki se ga zadrži v trenutku izplačila in ne nastane šele po poteku določenega obdobja obdavčitve (tu tri mesece) – zajeta s tem utemeljitvenim razlogom.

⁴⁶ Sodbe z dne 21. junija 2018, Fidelity Funds in drugi (C-480/16, EU:C:2018:480, točka 48); z dne 2. junija 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, točka 47); z dne 1. decembra 2011, Komisija/Belgija (C-250/08, EU:C:2011:793, točka 51); z dne 7. septembra 2004, Manninen (C-319/02, EU:C:2004:484, točka 29), in z dne 6. junija 2000, Verkooijen (C-35/98, EU:C:2000:294, točka 43).

⁴⁷ Sodbe z dne 7. novembra 2013, K (C-322/11, EU:C:2013:716, točka 50); z dne 6. septembra 2012, Philips Electronics (C-18/11, EU:C:2012:532, točka 23); z dne 29. novembra 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, točka 45), in z dne 13. decembra 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, točki 45 in 46).

⁴⁸ Sodba z dne 21. junija 2018, Fidelity Funds in drugi (C-480/16, EU:C:2018:480, točka 71); z dne 10. aprila 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, točka 99); z dne 10. maja 2012, Santander Asset Management SGIIC in drugi (od C-338/11 do C-347/11, EU:C:2012:286, točka 48), in z dne 20. oktobra 2011, Komisija/Nemčija (C-284/09, EU:C:2011:670, točka 78), ter navedena sodna praksa.

b) Utemeljiteni razlog izogibanja neobdavčitvi (tako imenovani beli dohodki) v okviru učinkovite davčne izterjave

91. Iz sodne prakse Sodišča dalje izhaja, da je mogoče uporabo odtegljaja pri viru, kot načina obdavčitve nerezidenčnih davčnih zavezancev – medtem ko rezidenčni davčni zavezanci niso deležni takega odtegljaja pri viru – upravičiti z nujnostjo zagotovitve učinkovitega pobiranja davkov.⁴⁹ Izogibanje neobdavčitvi je končno namenjeno tudi učinkovitosti davčne izterjave.

92. Ureditev iz člena 14(3) zakona o davku od dohodkov pravnih oseb – ki dopušča nastanek obveznosti plačila davka od dohodkov pravnih oseb tožeče stranke le, če in ker s temi dohodki iz dividend ni obremenjena (oziroma le z nizkim) z davkom v državi rezidentstva – je namenjena le izogibanju neobdavčitvi.

93. Tudi zadržanje davka od dohodkov pravnih oseb pri viru dividende v breme tujega KNPVP je del učinkovite davčne izterjave. Na enostaven in učinkovit način preprečuje na primer strukture skladov, ki so tako oblikovani, da nobena država, to pomeni niti država izvora niti država rezidentstva, ne more obdavčiti dohodkov od dividend na ravni KNPVP ali na ravni njegovih vlagateljev in se s tem dosežejo tako imenovani beli dohodki.

94. Z obdavčitvijo s pri viru odtegnjenim davkom se sicer tvega dvojna obdavčitev. To pa je mogoče – kot se je zgodilo tu – zmanjšati oziroma preprečiti s konvencijo o izogibanju dvojnega obdavčevanja.

95. Medtem tudi evropski zakonodajalec priznava zelo velik pomen boju proti izogibanju davkom. Iz tega razloga je sprejel Direktivo o določitvi pravil proti praksam izogibanja davkom⁵⁰. Zdaj v njej določa tudi pravila za boj proti belim dohodkom, in sicer določbe o ukrepanju proti hibridnim neskladjem (člen 9) in splošna pravila o preprečevanju zlorab (člen 6).

96. Nazadnje, drugi steber ukrepov, ki jih priporoča OECD za boj proti izogibanju davkom, tudi kaže na to, da boj proti izogibanju davkom spada med nujne razloge v splošnem interesu.⁵¹ V predgovoru („Cover Statement“) k njenemu najnovjšemu poročilu o posvetovalnem postopku glede njenih priporočil za boj proti izogibanju davkom je OECD poudarila, da minimalna mera obdavčitve prispeva k temu, da se zagotovi poštenost in enakost med davčnimi sistemi, stabilen davčni okvir za nove poslovne modele ter financiranje držav,⁵² in s tem poudarila njihov posebni javni pomen.

97. To velja, kadar se cilj zagotavljanja minimalne obdavčitve nerezidenčnega KNPVP šteje za nujni razlog v splošnem interesu, ki je upošteven tudi tu, kot kaže ureditev člena 14(3) zakona o davku od dohodkov pravnih oseb.

⁴⁹ Sodbi z dne 22. novembra 2018, Sofina in drugi (C-575/17, EU:C:2018:943, točka 67); z dne 13. julija 2016, Brisal in KBC Finance Ireland (C-18/15, EU:C:2016:549, točka 21); primerjaj v tem smislu sodbe z dne 9. oktobra 2014, van Caster (C-326/12, EU:C:2014:2269, točka 46); z dne 18. oktobra 2012, X (C-498/10, EU:C:2012:635, točka 39), in z dne 3. oktobra 2006, FKP Scorpio Konzertproduktionen (C-290/04, EU:C:2006:630, točka 35).

⁵⁰ Direktiva Sveta (EU) 2016/1164 z dne 12. julija 2016 o določitvi pravil proti praksam izogibanja davkom, ki neposredno vplivajo na delovanje notranjega trga (UL 2016, L 193, str. 1).

⁵¹ Tax challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar Two Blueprint, <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/abb4c3d1-en.pdf?expires=1607888140&id=id&accname=guest&checksum=DC286FCCE9A7B15A436A5E3297CD7D78>.

⁵² Tax challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar Two Blueprint, Cover Statement, <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/abb4c3d1-en.pdf?expires=1607888140&id=id&accname=guest&checksum=DC286FCCE9A7B15A436A5E3297CD7D78>, stran 10 in naslednje.

c) Utemeljiteni razlog ohranitve doslednosti davčne ureditve

98. Portugalska trdi tudi, da je uporaba davčne ureditve potrebna za ohranitev doslednosti portugalskega davčnega sistema, ki je obravnavana v postopku v glavni stvari. Po mnenju Portugalske obstaja namreč neposredna povezava med tem, da se dividende, ki so razdeljene rezidenčnim KNPVP, oprostitjo pri viru odtegnjenega davka, in četrtno obdavčitvijo na podlagi kolkovine.

99. Sodišče je že razsodilo, da nujnost ohranitve doslednosti davčnega sistema lahko upraviči ureditev, ki omejuje temeljne svoboščine.⁵³ Vendar je treba, da bi bilo mogoče sprejeti trditev, ki temelji na takem razlogu, v skladu z ustaljeno sodno prakso dokazati obstoj neposredne povezave med zadevno davčno ugodnostjo in izravnavo te ugodnosti z določeno davčno dajatvijo, pri čemer je treba neposrednost te povezave presojati glede na cilj zadevne ureditve.⁵⁴

100. Cilj kolkovine je v skladu z izjavo Portugalske v tem, da se vlagatelje šele kasneje (z besedami Portugalske: po logiki izstopne obdavčitve) obdavči in se do takrat *neodvisno* od doseganja dividend obdavči kapital pri KNPVP. Tega cilja z obdavčitvijo dividend v trenutku izplačila KNPVP ne bi bilo mogoče doseči. Zato je bila ta kolkovina uvedena le za te KNPVP in sočasno v letu 2015 z oprostitvijo kapitalskih dohodkov od davka od dohodkov pravnih oseb in davka, odtegnjenega pri viru.

101. Drugače kot očitno menita Komisija in tožeča stranka, gre za zadostno neposredno povezavo. Na to kaže že časovna in vsebinska uskladitev obeh davkov. Dejstvo, da izravnava prednosti ni odrejena znotraj zakona o davku od dohodkov pravnih oseb, temveč kot enakopraven nadomestek v drugem davčnem zakonu z drugim načinom obdavčitve, ne more postaviti pod vprašaj obstoja neposredne povezave. Mnenji Komisije in tožeče stranke pripeljeta do zelo formalističnega gledanja utemeljitvenega razloga ohranitve doslednosti davčne ureditve. To formalistično gledanje pa spregleda, da se utemeljitveni razlog ne nanaša le na doslednost posamičnega davčnega zakona, temveč doslednost davčnega sistema (*régime fiscale*)⁵⁵ kot takega.

102. Davčni sistem pa lahko vsekakor sestoji iz več različnih vrst davkov in metod obdavčitve. Če so te različne prednosti in slabosti torej vsebinsko med seboj povezane – tu na to precej jasno kaže način nastanka in razširitev kolkovine ob uvedbi zakona o davčnih ugodnostih – ne more biti pomembno, ali sta neposredna prednost in slabost določeni v istem zakonu ali „le“ v istem sistemu obdavčitve.

⁵³ Sodbe z dne 21. junija 2018, Fidelity Funds in drugi (C-480/16, EU:C:2018:480, točka 79); z dne 10. maja 2012, Santander Asset Management SGIIC in drugi (od C-338/11 do C-347/11, EU:C:2012:286, točka 50), in z dne 23. oktobra 2008, Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt (C-157/07, EU:C:2008:588, točki 43 in 44).

⁵⁴ Sodbe z dne 21. junija 2018, Fidelity Funds in drugi (C-480/16, EU:C:2018:480, točka 80); z dne 10. maja 2012, Santander Asset Management SGIIC in drugi (od C-338/11 do C-347/11, EU:C:2012:286, točka 51), in z dne 27. novembra 2008, Papillon (C-418/07, EU:C:2008:659, točka 44).

⁵⁵ Tako vsekakor tudi v nemškem prevodu novejših sodnih praks: sodbe z dne 21. junija 2018, Fidelity Funds in drugi (C-480/16, EU:C:2018:480, točka 83 in naslednje); z dne 12. junija 2018, Bevola in Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, točka 51); z dne 21. decembra 2016, Komisija/Portugalska (C-503/14, EU:C:2016:979, točka 62); z dne 30. junija 2016, Feilen (C-123/15, EU:C:2016:496, točka 29), in z dne 17. decembra 2015, Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829, točka 45).

d) Varstvo načela sorazmernosti

103. Ker je mogoče pritrčiti utemeljitvenim razlogom ohranitve enakomerne porazdelitve davčne pristojnosti, učinkovite davčne izterjave zaradi izogibanja neobdavčitvi in ohranitve doslednosti davčnega sistema, je treba preučiti, ali omejitev možnosti oprostitve plačila pri viru odtegnjenega davka v konkretnem primeru vpliva izključno na KNPVP s sedežem na Portugalskem in ne presega tega, kar je potrebno⁵⁶ za varstvo teh ciljev. Po mojem mnenju je treba temu pritrčiti.

104. Ob upoštevanju neobstoja davčne avtonomije glede celotnega neto premoženja nerezidenčnih KNPVP tu po eni strani ni možna druga, enako primerna obdavčitev kot s pri viru odtegnjenim davkom glede prejetih izplačil dividend. Na to kaže že dejstvo, da se v členu 10(2)(3) Vzorcne konvencije OECD državi izvora poleg pravice do obdavčitve razdeljujoče pravne osebe priznava tudi pravica do obdavčitve prejemnika dividend. Iz tega namreč sledi, da vsaj države OECD izhajajo iz tega, da je obdavčitev teh dividend, ki jo izvede država izvora *po*leg obdavčitve dobička portugalskega podjetja primerno in potrebno sredstvo, da bi davčne prihodke ustrezno razdelili med državama.

105. Obdavčitev celotnega neto premoženja nerezidenčnega KNPVP na njegov predlog (izbirna pravica) je glede na posledično dvojno obdavčenje morda prav tako primerna, vendar ni milejša sredstvo. Vprašanja, ki ga je generalni pravobranilec Hogan⁵⁷ utemeljeno postavil, ali naj se vztraja pri sodni praksi Sodišča,⁵⁸ po kateri izbirna pravica tako ali tako ni primerna, da bi preprečila različno obravnavanje, zato tu ni treba obravnavati.

106. Ali je analogna, a omejena obdavčitev osnovnega kapitala nerezidenčnih KNPVP – omejena na neto vrednost portugalskih kapitalskih naložb iz tega izhajajočih zadržanih dividend – milejša sredstvo, je tudi vprašljivo. To bi namreč pomenilo, da bi moral nerezidenčni KNPVP po portugalskem pravu izdelati bilance, da bi lahko ugotovil ustrezno neto knjigovodsko vrednost. Vsekakor tako sredstvo ne bi bilo enako učinkovito, saj sta davčno zbiranje in nadzor nad nerezidenčnimi KNPVP bistveno težje izvedljiva kot odtegljaj davka pri viru v trenutku izplačila dividend nerezidenčnemu KNPVP.

107. Poleg tega gre le za tehtanje med prostim pretokom kapitala tožeče stranke in zgoraj navedenimi nujnimi razlogi v splošnem interesu v konkretnem primeru. Pri tem je treba – kot je pojasnjeno zgoraj v točki 64 in naslednjih – po eni strani upoštevati, da je treba prostemu pretoku kapitala pri tehtanju s cilji razlikovanja držav članic priznati manjšo težo. Po drugi strani štejejo zagotavljanje minimalne obdavčitve, učinkovito uveljavljanje pravic obdavčitve in uravnotežena razdelitev davčnih pristojnosti k osrednjim splošnim interesom, saj so namenjeni financiranju države. Brez zadostnega davčnega substrata država ne more uresničevati svojih nalog in opravljati svojih funkcij.

108. V tem primeru so ti pravni interesi izravnani le z majhnimi slabostmi za tožečo stranko. Bodisi pride – kot tu pri vlagateljih s sedežem v Nemčiji – do odbitka portugalske davčne obremenitve od njihove davčne obveznosti, tako da se jih ne odvrne od naložb. Ali pa pride

⁵⁶ Sodbe z dne 21. junija 2018, Fidelity Funds in drugi (C-480/16, EU:C:2018:480, točka 64); z dne 24. novembra 2016, SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, točka 56), in z dne 17. decembra 2015, Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829, točka 29).

⁵⁷ Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Hogana v zadevi Autoridade Tributária e Aduaneira (Davek na dobičke iz kapitala od odsvojitve nepremičnin) (C-388/19, EU:C:2020:940, točka 73).

⁵⁸ Glej sodbi z dne 18. marca 2010, Gielen (C-440/08, EU:C:2010:148, točke od 49 do 54 z zelo nenavadno utemeljitvijo), in z dne 8. junija 2016, Hünnebeck (C-479/14, EU:C:2016:412, točka 42). Glej tudi sodbo z dne 12. junija 2018, Bevola in Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, točka 25 in naslednje), kjer Sodišče vsaj preuči, ali bi lahko možnost izbire različno obravnavanje postavila pod vprašaj.

v najhujšem primeru do ekonomske dvojne obdavčitve (na eni strani portugalski davek od dohodkov pravnih oseb na ravni KNPVP v višini 15 odstotkov in tuja dohodnina na ravni tujega lastnika deleža). Zaradi tega je vlaganje v nerezidenčne KNPVP, ki imajo kapitalske naložbe v portugalskih podjetjih, sicer nekoliko manj privlačno.

109. Vendar je treba to dvojno obdavčitev, prvič, rešiti s skupnim sporazumom med zadevnimi državami in ne enostransko preko temeljnih svoboščin v škodo Portugalske. In drugič, ta slabost se brez četrletne obremenitve s kolkovino vsekakor omili, če ne celo izravna v celoti.

110. K temu je treba dodati dejstvo, da je tožeča stranka obdavčena glede na finančno učinkovitost donosa, zaradi česar ne pride do materialnega obdavčenja, drugače kot pri rezidenčnih KNPVP. Poleg tega je obdavčitev, ki jo opravi Portugalska, vezana na dejstvo, da tožeča stranka v državi rezidentstva ni ali je le omejeno obdavčena. Dalje je davčno breme s Konvencijo o izogibanju dvojnega obdavčevanja med Nemčijo in Portugalsko že zmanjšano.

111. Po tehtanju vseh teh točk pretehtajo utemeljitveni razlogi ohranitve enakomerne porazdelitve davčne pristojnosti med državami članicami, učinkovitega uveljavljanja pravic obdavčitve in ohranitev doslednosti portugalskega davčnega sistema, od tod tudi interes tožeče stranke, da je tako kot rezidenčni KNPVP oproščena davka od dohodkov pravnih oseb in hkrati – drugače kot rezidenčni KNPVP – ni obremenjena s kolkovino.

e) Izid preizkusa utemeljenosti

112. Posledično je morebitna omejitev prostega pretoka kapitala na podlagi medsebojnega prepletanja portugalske ureditve (obveznost plačila davka od dohodkov pravnih oseb za nerezidenčne KNPVP ob neobstoju obdavčitve v tujini, v skladu s členom 14(3) zakona o davku od dohodkov pravnih oseb, oprostitev plačila davka od dohodkov pravnih oseb za rezidenčne KNPVP, v skladu s členom 22 zakona o davčnih ugodnostih ob istočasni obdavčitvi na podlagi z zakona o kolkovini), vsekakor upravičena.

VI. Predlog

113. Zato predlagam Sodišču, naj na vprašanja za sprejetje predhodne odločbe Tribunal Arbitral Tribuátrio (razsodišče v davčnih sporih, Portugalska) odgovori tako:

Člen 63 PDEU ne nasprotuje nacionalni zakonodaji, na podlagi katere se na razdeljene dividende rezidenčne družbe obračuna pri viru odtegnjeni davek, če so te dividende razdeljene nerezidenčnemu kolektivnemu naložbenemu podjetju, ki v državi rezidentstva ni deležen nobene obremenitve z davkom od dohodkov pravnih oseb. To velja tudi tedaj, kadar na te dividende, ko so razdeljene rezidenčnemu kolektivnemu naložbenemu podjetju, ni obračunan davek od dohodkov pravnih oseb, temveč se uporabi drug način obdavčitve, ki naj zagotovi, da šele ob nadaljnji razdelitvi vlagatelju nastopi ustrezna obdavčitev prihodkov in do takrat namesto tega nastopi četrletna obdavčitev celotnega neto premoženja rezidenčnega kolektivnega naložbenega podjetja.