

SODBA SODIŠČA (veliki senat)

z dne 13. marca 2007*

V zadevi C-524/04,

katere predmet je predlog za sprejetje predhodne odločbe na podlagi člena 234 ES, ki ga je vložilo High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Združeno kraljestvo) z odločbo z dne 21. decembra 2004, ki je prispela na Sodišče 31. decembra 2004, v postopku

Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation

proti

Commissioners of Inland Revenue,

SODIŠČE (veliki senat),

v sestavi V. Skouris, predsednik, P. Jann, C. W. A. Timmermans, A. Rosas, K. Lenaerts (poročevalec), P. Kūris in E. Juhász, predsedniki senatov, J. N. Cunha Rodrigues,

* Jezik postopka: angleščina.

sodnik, R. Silva de Lapuerta, sodnica, K. Schiemann, J. Makarczyk, G. Arestis in A. Borg Barthet, sodniki,

generalni pravobranilec: L. A. Geelhoed,
sodna tajnica: L. Hewlett, glavna administratorica,

na podlagi pisnega postopka in obravnave z dne 31. januarja 2006,

ob upoštevanju stališč, ki so jih predložili:

- za Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation G. Aaronson, QC, ter P. Farmer in D. Cavender, barristers,

- za vlado Združenega kraljestva C. Jackson in C. Gibbs, zastopnici, skupaj z D. Andersonom, QC, ter D. Ewartom in S. Stevens, barristers,

- za nemško vlado M. Lumma in U. Forsthoff, zastopnika,

- za nizozemsko vlado D. J. M. de Grave, zastopnik,

- za Komisijo Evropskih skupnosti R. Lyal, zastopnik,

po predstavitvi sklepnih predlogov generalnega pravobranilca na obravnavi 29. junija 2006

izreka naslednjo

Sodbo

- 1 Predlog za sprejetje predhodne odločbe se nanaša na razlago členov 43 ES, 49 ES, in od 56 ES do 58 ES.

- 2 Ta predlog je bil vložen v okviru spora med skupinami družb (v nadaljevanju: tožeče stranke v postopku v glavni stvari) in Commissioners of Inland Revenue (davčna uprava Združenega kraljestva) zaradi davčnega obravnavanja obresti, ki jih plačajo

družbe rezidentke Združenega kraljestva pri vračilu posojila družbi iz iste skupine (v nadaljevanju: povezana družba), ki ni rezidentka te države članice.

Nacionalni pravni okvir

- 3 Upoštevne določbe v Združenem kraljestvu veljavne zakonodaje so tiste, ki jih vsebuje Income and Corporation Taxes Act 1988 (zakon iz leta 1988 o dohodnini in o davkih od dohodkov pravnih oseb, v nadaljevanju: ICTA), in sicer najprej v različici, ki se je uporabljala pred letom 1995, in nato v različici, ki je bila spremenjena zlasti s Finance Act 1995 (finančni zakon iz leta 1995) ter s Finance Act 1998 (finančni zakon iz leta 1998).

Nacionalne določbe pred spremembami iz leta 1995

- 4 V skladu s členom 209(2)(d) ICTA se obresti, ki jih plača družba rezidentka Združenega kraljestva pri vračilu posojila, štejejo za razdelitev dobička te družbe, če pomenijo več kot razumen gospodarni donos navedenega posojila. To pravilo se uporablja, kadar da posojilo družba rezidentka Združenega kraljestva, in tudi, kadar ga da družba nerezidentka. Dela obresti, ki presega razumen gospodarni donos, ni mogoče odbiti od obdavčljivega dobička družbe posojilojemalke, ampak se ga obravnava kot

razdeljeni dobiček (dividenda). Družba posojilojemalka postane zaradi tega v skladu s členom 14 ICTA zavezanka za plačilo akontacije davka od dohodkov pravnih oseb (advance corporation tax – ACT).

- 5 Člen 209(2)(e)(iv) in (v) ICTA opredeljuje kot „razdeljeni dobiček“ poleg obresti, ki se jih za razdeljeni dobiček šteje na podlagi člena 209(2)(d) ICTA, tudi vse obresti, ki jih plača družba rezidentka Združenega kraljestva družbi nerezidentki iz iste skupine družb, tudi če te obresti ustrezajo razumnemu gospodarnemu donosu zadevnega posojila. To pravilo se uporablja za posojila, ki jih da družba nerezidentka odvisni družbi rezidentki, v kateri ima prva družba 75 % kapitala, ali kadar sta obe družbi v 75 % deležu odvisni od tretje družbe nerezidentke.

- 6 Vendar pa se na podlagi člena 788(3) ICTA zgoraj navedenih nacionalnih določb ne uporablja, če je tako določeno v sporazumu o izogibanju dvojnega obdavčevanja (v nadaljevanju: SDO), kar zagotavlja, da je za davčne namene obresti pod določenimi pogoji mogoče odbiti. Glede na pogoje, pod katerimi je mogoče odbiti obresti, je mogoče SDO, ki jih je sklenilo Združeno kraljestvo Velika Britanija in Severna Irska, razvrstiti v dve skupini.

- 7 Na podlagi SDO iz prve skupine, kot so SDO, ki so bili sklenjeni z Zvezno republiko Nemčijo, Kraljevino Španijo, Velikim vojvodstvom Luksemburg, Republiko Avstrijo in Japonsko, je obresti mogoče odbiti, če znesek obresti glede na znesek zadevnega posojila ustreza temu, kar bi bilo dogovorjeno, če ne bi bilo posebnih razmerij med strankami oziroma med strankama in tretjo osebo.

- 8 SDO iz druge skupine, kot so SDO, ki so bili sklenjeni s Francosko republiko, Irsko, Italijansko republiko, Kraljevino Nizozemsko, Združenimi državami Amerike in Švicarsko konfederacijo, odpirajo splošnejše vprašanje, ali znesek obresti ne glede na razlog presega to, kar bi bilo dogovorjeno, če ne bi bilo posebnih razmerij med strankami oziroma med strankama in tretjo osebo, to je vključno z vprašanjem, ali znesek samega posojila presega to, kar bi bilo posojeno, če ne bi bilo navedenih posebnih razmerij.
- 9 Na podlagi člena 808A ICTA, ki je bil dodan s členom 52 Finance Act št. 2 1992 (finančni zakon (št. 2) iz leta 1992) in se uporablja za obresti, ki so bile plačane po 14. maju 1992, je treba, kar zadeva drugo skupino SDO, upoštevati vse zadevne dejavnike, vključno z vprašanjem, ali bi bilo posojilo, če ne bi bilo posebnih razmerij med dolžnikom obresti in upnikom, vseeno dano, in v takem primeru, kakšna bi bila posojeni znesek in dogovorjena obrestna mera.

Zakonske spremembe iz leta 1995

- 10 S Finance Act 1995, ki se načeloma uporablja za obresti, ki so bile plačane po 28. novembru 1994, ni bil spremenjen člen 209(2)(d) ICTA. Vendar je člen 209(2)(e)(iv) in (v) nadomestil člen 209(2)(da), na podlagi katerega se kot „razdeljeni dobiček“ opredelijo obresti, ki so bile plačane med pripadnicami iste skupine družb, če presegajo tisto, kar bi bilo plačano, če ne bi bilo posebnih razmerij med dolžnikom teh obresti in upnikom. To pravilo se uporablja za posojila, ki jih je dala posamezna družba družbi, v kateri ima prva družba 75 % kapitala, ali kadar sta obe družbi v deležu 75 % odvisni od tretje družbe.

- 11 Vendar se v skladu s členom 212(1) in (3) ICTA v spremenjeni različici člen 209(2) (da) ne uporablja, kadar sta dolžnik obresti in njihov upnik oba zavezanca za davek od dohodkov pravnih oseb v Združenem kraljestvu.
- 12 Člen 209(2)(da) ICTA je bil dopolnjen s členom 209 od (8A) do (8F). Člen 209(8B) ICTA določa merila, na podlagi katerih je treba plačilo obresti opredeliti kot razdeljeni dobiček. Člen 209(8A) v povezavi s odstavki od (8D) do (8F) tega člena ICTA določa, v kakšnem obsegu se lahko družbe za določitev ravni njihovih posojil na konsolidirani osnovi povezujejo v skupine.

Zakonske spremembe iz leta 1998

- 13 S Finance Act 1998 je bila k ICTA dodana Priloga 28AA, ki vsebuje pravila v zvezi s transfernimi cenami, ki se uporabljajo tudi za plačila obresti med družbami. Ta pravila se uporabljajo za transakcije med dvema družbama pod skupnim nadzorom, če so pogoji, pod katerimi so sklenjene, drugačni kot bi bili, če ti družbi ne bi bili pod skupnim nadzorom in kadar dajejo ti pogoji eni od zadevnih strank potencialno ugodnost z vidika davčne zakonodaje Združenega kraljestva. Pojem skupnega nadzora vsebuje bodisi neposredno ali posredno udeležnost družbe pri upravljanju, nadzoru ali kapitalu druge družbe bodisi neposredno ali posredno udeležnost tretje osebe pri upravljanju, nadzoru ali kapitalu dveh drugih družb.

- 14 Do spremembe teh pravil leta 2004 je veljala domneva, da v smislu te zakonodaje ni bilo potencialne ugodnosti za eno od zadevnih strank, kadar je bila druga stranka transakcije prav tako davčna zavezanka v Združenem kraljestvu in če so bili izpolnjeni nekateri drugi pogoji.
- 15 Leta 2004 so bila navedena pravila spremenjena tako, da se uporabljajo tudi, če sta obe stranki transakcije davčni zavezanki v Združenem kraljestvu.

Spor o glavni stvari in vprašanja za predhodno odločanje

- 16 Postopek v glavni stvari izhaja iz spora vrste „group litigation“ iz naslova podkapitalizacije („Thin Cap Group Litigation“), ki vsebuje več zahtevkov za vračilo in/ali nadomestilo, ki so jih na podlagi sodbe z dne 12. decembra 2002 v zadevi Lankhorst-Hohorst (C-324/00, Recueil, str. I-11779) pri High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division, proti Commissioners of Inland Revenue vložile skupine družb.
- 17 Postopki, ki jih je za ta predlog za sprejetje predhodne odločbe izbralo predložitveno sodišče kot „vzorčne“ postopke, se nanašajo na družbo rezidentko Združenega kraljestva, ki je neposredno ali posredno najmanj v 75 % lasti matične družbe nerezidentke in je prejela posojilo bodisi od te družbe bodisi od druge družbe nerezidentke, ki je neposredno ali posredno najmanj v 75 % lasti te iste matične družbe.

- 18 Na eni strani gre za posojila, ki jih je družbi rezidentki Združenega kraljestva dala družba s sedežem v drugi državi članici, pri čemer obe družbi pripadata isti skupini družb, na čelu katere je matična družba s sedežem v tej drugi državi članici. Za tak primer gre pri nekaterih od teh „vzorčnih“ postopkov, to je pri postopkih skupin Lafarge in Volvo, v katerih imata družba posojilojemalka in matična družba sedež v isti državi članici, v tem primeru v Franciji oziroma na Švedskem.
- 19 Na drugi strani se nekateri od navedenih „vzorčnih“ postopkov nanašajo na družbo rezidentko Združenega kraljestva iz skupine družb, na čelu katere je matična družba s sedežem v tretji državi, to je v Združenih državah Amerike, ki ji je dala posojilo druga družba iz iste skupine, ki je rezidentka bodisi druge države članice (primer prvega tipa zahtevkov skupine Caterpillar v zvezi s posojilom, ki ga je dala družba posojilodajalka s sedežem na Irskem) bodisi tretje države (primer drugega tipa zahtevkov skupine Caterpillar v zvezi s posojilom, ki ga je dala družba posojilodajalka s sedežem v Švici) ali druge države članice, ki deluje prek podružnice, rezidentke tretje države (primer skupine PepsiCo, v katerem je družba posojilodajalka v Luksemburgu, deluje pa prek podružnice s sedežem v Švici).
- 20 Kot je navedeno v predložitveni odločbi, so nekatere tožeče družbe pretvorile del teh posojil v lastniški kapital, da bi se izognile temu, da bi bile na podlagi v Združenem kraljestvu veljavne zakonodaje obresti, plačane na preostali znesek navedenih posojil, opredeljene kot razdeljeni dobiček. Nekaj tožečih strank v postopku v glavni stvari je z davčno upravo Združenega kraljestva sklenilo dogovor o načinu uporabe te zakonodaje, to je dogovor, ki določa pogoje, pod katerimi bo ta davčni organ presojal posojila, ki bodo v naslednjih letih podeljena znotraj skupine družb.
- 21 Na podlagi zgoraj navedene sodbe Lankhorst-Hohorst so tožeče stranke v postopku v glavni stvari vložile zahteve za vračilo in/ali nadomestilo davčnih neugodnosti, ki

naj bi bile posledica tega, da se je zanje uporabljala zakonodaja Združenega kraljestva, med katerimi so bili zlasti zahtevki za vračilo in/ali nadomestilo dodatnega davka od dohodkov pravnih oseb, ki je bil plačan na podlagi odločbe davčne uprave Združenega kraljestva, da se plačane obresti ne priznajo kot odbitek od njihovega obdavčljivega dobička in/ali da se za tak odbitek določi omejitev, ter dodatnega davka, ki je bil posledica tega, da so te družbe posojila pretvorile v lastniški kapital.

22 V teh okoliščinah je High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division, prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ta vprašanja:

„1. Ali je v nasprotju s členi 43 ES, 49 ES oziroma 56 ES, da država članica (država družbe posojilojemalke) ohranja v veljavi in uporablja take določbe, kot so določbe členov 209 in 212 ter Priloge 28AA [ICTA, v nadaljevanju: nacionalne določbe], ki omejujejo možnost družbe rezidentke te države članice (družba posojilojemalka), da za davčne namene odbije obresti, ki jih je neposredni ali posredni matični družbi rezidentki druge države članice plačala pri vračilu posojila, medtem ko za družbo posojilojemalko ne bi veljale take omejitve, če bi bila matična družba rezidentka države družbe posojilojemalke?

2. Kako, če sploh, lahko na odgovor na prvo vprašanje vplivajo naslednje okoliščine:

a) če posojila ne zagotovi matična družba družbe posojilojemalke, temveč druga družba (družba posojilodajalka) iz iste skupine družb, ki ima z družbo

posojilojemalko skupno neposredno ali posredno matično družbo in sta obe, ta skupna matična družba in družba posojilodajalka, rezidentki drugih držav članic kot družba posojilojemalka;

- b) če je družba posojilodajalka rezidentka druge države članice kot družba posojilojemalka, vendar so vse skupne neposredne ali posredne matične družbe družbe posojilojemalke in družbe posojilodajalke rezidentke tretje države;

- c) če so vse skupne neposredne ali posredne matične družbe družbe posojilodajalke in družbe posojilojemalke rezidentke tretjih držav in je družba posojilodajalka rezidentka druge države članice kot družba posojilojemalka; vendar družba posojilodajalka družbi posojilojemalki odobri posojilo prek svoje podružnice v tretji državi;

- d) če so družba posojilodajalka in vse skupne neposredne ali posredne matične družbe družbe posojilodajalke in družbe posojilojemalke rezidentke tretje države?

3. Ali bi bila odgovora na prvo in drugo vprašanje drugačna, če bi bilo mogoče dokazati, da so posojila pomenila zlorabo pravic ali da so bila del umetnega konstrukta, namenjenega obidu davčne zakonodaje države članice družbe posojilojemalke?

Če bi šlo za tak primer, katere bi bile po mnenju Sodišča v takih primerih, kot so v postopku v glavni stvari, primerne usmeritve za ugotavljanje, kaj pomeni zloraba ali umetni konstrukt?

4. Če gre za omejitev pretoka kapitala med državami članicami in tretjimi državami v smislu člena 56 ES, ali je bila zaradi uporabe člena 57 ES ta omejitev 31. decembra 1993 podana?

5. Če je katerikoli od ukrepov, opisanih v prvem ali drugem vprašanju, v nasprotju s členi 43 ES, 49 ES oziroma 56 ES, ali je treba, če družba posojilojemalka ali druge družbe iz skupine družbe posojilojemalke (tožeče stranke) vložijo naslednje tožbe:
 - a) tožbo za povračilo dodatnega davka na dohodek pravnih oseb, ki ga je plačala družba posojilojemalka, ker ji je bilo zavrnjeno, da bi od svojega dobička, ki je obdavčen z davkom na dohodek pravnih oseb, odbila obresti, ki jih je plačala družbi posojilodajalki, medtem ko bi se štelo, da je ta plačila obresti mogoče odbiti od dobička družbe posojilojemalke, če bi bila družba posojilodajalka tudi rezidentka države družbe posojilojemalke;

 - b) tožbo za povračilo dodatnega davka na dohodek pravnih oseb, ki ga je plačala družba posojilojemalka, kadar je bil celoten znesek obresti za vračilo posojila

dejansko plačan družbi posojilodajalki, vendar je bil zahtevek za odbitek glede teh obresti zmanjšan na podlagi nacionalnih določb ali njihove uporabe s strani davčnih organov;

- c) tožbo za povračilo dodatnega davka na dohodek pravnih oseb, ki ga je plačala družba posojilojemalka, kadar je bil znesek obresti za vračilo posojila družbe posojilodajalke, ki ga je mogoče odbiti od dobička družbe posojilojemalke, zmanjšan, ker je bil na podlagi nacionalnih določb ali njihove uporabe s strani davčnih organov namesto posojila vpisan lastniški kapital ali je bil lastniški kapital zamenjan z obstoječim tujim kapitalom;

- d) tožbo za povračilo dodatnega davka na dohodek pravnih oseb, ki ga je plačala družba posojilojemalka, kadar je bil znesek za vračilo posojila družbe posojilodajalke, ki ga je mogoče odbiti od dobička družbe posojilojemalke, na podlagi nacionalnih določb ali njihove uporabe s strani davčnih organov zmanjšan zaradi znižanja obrestne mere posojila (ali je bilo sklenjeno brezobrestno posojilo) kot posledice nacionalnih določb ali njihove uporabe s strani davčnih organov;

- e) tožbo za vrnitev ali nadomestilo za izgube ali druge davčne olajšave ali davčne odbitke družbe posojilojemalke (ali za te, ki so jih družbi posojilojemalki odstopile druge družbe iz skupine družbe posojilojemalke, ki so bile prav tako rezidentke v državi družbe posojilojemalke), ki jih je družba posojilojemalka uporabila za to, da jih je odbila od dodatnega davka na dohodek pravnih oseb,

navedenega pod a), b) ali c) zgoraj, medtem ko bi bile te izgube, olajšave ali davčni odbitki na voljo za drugačno uporabo ali preneseni naprej;

- f) tožbo za povračilo neizkoriščene akontacije davka na dohodek pravnih oseb, ki ga je plačala družba posojilojemalka od obresti, ki jih je plačala družbi posojilodajalki, ki so bile opredeljene kot razdelitev;

- g) tožbo za vrnitev ali nadomestilo zneskov, ki so bili plačani kot akontacija davka na dohodek pravnih oseb v okoliščinah iz točke (f) zgoraj, ki pa so bili pozneje odbiti od davka na dohodek pravnih oseb družbe posojilojemalke;

- h) tožbo za nadomestilo stroškov in odhodkov, ki so jih imele tožeče stranke s tem, da so se uskladile z nacionalnimi določbami ali njihovo uporabo s strani davčne uprave;

- i) tožbo za vrnitev ali nadomestilo izgub dohodka od tujega kapitala, ki je bil vložen kot lastniški (ali zamenjan z lastniškim) v okoliščinah pod c); in

- j) tožbo za vrnitev ali nadomestilo kakršne koli davčne obveznosti, ki jo je prevzela družba posojilodajalka v državi, v kateri je rezidentka, v zvezi z domnevnim ali pripisanim prejetjem obresti od družbe posojilojemalke,

ki so bile na podlagi nacionalnih določb iz prvega vprašanja opredeljene kot razdelitev,

šteti, da so te tožbe z vidika prava Skupnosti:

- tožbe za vrnitev ali povračilo neupravičeno obračunanih zneskov, ki so posledica in stranska pravica kršitve zgoraj navedenih določb prava Skupnosti; ali

 - tožbe za nadomestilo ali odškodnino; ali

 - tožbe za plačilo zneska, ki predstavlja neupravičeno zavrnjeno ugodnost?
6. Če bi bile v odgovor na katerikoli del petega vprašanja tožbe opredeljene kot tožbe za plačilo zneska, ki predstavlja neupravičeno zavrnjeno ugodnost:
- a) ali bi bile te tožbe posledica ali stranska pravica pravice, ki jo podeljujejo zgoraj navedene določbe prava Skupnosti; oziroma

b) ali je treba izpolniti vse ali del pogojev za povrnitev škode, določenih v sodbi [z dne 5. marca 1996 v združenih zadevah Brasserie du Pêcheur in Factortame (C-46/93 in C-48/93, Recueil, str. I-1029)]; oziroma

c) ali je treba izpolniti katere druge pogoje?

7. Ali se kaj spremeni, če so v okviru nacionalnega prava tožbe iz šestega vprašanja vložene kot restitucijske tožbe ali če so vložene oziroma morajo biti vložene kot odškodninske tožbe?

8. Za katere usmeritve, če sploh obstajajo, Sodišče meni, da bi jih bilo treba dati v teh zadevah in katere okoliščine bi moralo nacionalno sodišče upoštevati pri določitvi, ali gre za dovolj resno kršitev v smislu [zgoraj navedene sodbe Brasserie du Pêcheur in Factortame], še posebej glede vprašanja, ali je bila na podlagi veljavne sodne prakse glede razlage upoštevni določb prava Skupnosti ta kršitev opravičljiva?

9. Ali načeloma lahko obstaja neposredna vzročna zveza (v smislu [zgoraj navedene sodbe Brasserie du Pêcheur in Factortame]) med kakršnokoli kršitvijo členov 43 ES, 49 ES in 56 ES ter izgubami, ki sodijo v kategorije, navedene v petem vprašanju, od (a) do (h), in ki, kot zatrjujejo tožeče stranke, izhajajo iz te kršitve? Če to drži,

za katere usmeritve, če sploh obstajajo, Sodišče meni, da bi jih bilo treba dati glede okoliščin, ki bi jih nacionalno sodišče moralo upoštevati pri določitvi, ali taka neposredna vzročna zveza obstaja?

10. Ali lahko nacionalno sodišče pri določitvi izgube ali škode, za katero je mogoče priznati povrnitev, upošteva vprašanje, ali so oškodovanci ravnali z razumno skrbnostjo, da bi se izognili izgubi ali zmanjšali njen obseg, še posebej, ali so uporabili pravna sredstva, s katerimi bi lahko dokazali, da nacionalne določbe (zaradi konvencij o dvojnem obdavčevanju) niso nalagale omejitev, navedenih v prvem vprašanju? Ali je za odgovor na to vprašanje pomembno, kakšno je bilo v zadevnem času prepričanje strank glede učinkovanja konvencij o dvojnem obdavčevanju?“

Vprašanja za predhodno odločanje

Prvo in tretje vprašanje

- ²³ Predložitveno sodišče s prvim vprašanjem v bistvu sprašuje, ali členi 43 ES, 49 ES oziroma 56 ES nasprotujejo zakonodaji države članice, ki omejuje možnost družbe rezidentke, da za davčne namene odbije obresti, ki jih je plačala pri vračilu posojila

neposredni ali posredni matični družbi rezidentki druge države članice, medtem ko za to družbo rezidentko ne bi veljala taka omejitev, če bi bile obresti plačane pri vračilu posojila matični družbi rezidentki te prve države članice.

- 24 To vprašanje je treba obravnavati skupaj s tretjim vprašanjem, s katerim predložitveno sodišče v bistvu sprašuje, ali bi bil odgovor na prvo vprašanje drugačen, če bi se lahko dokazalo, da so posojila pomenila zlorabo pravic ali da so bila del umetnega konstrukta, namenjenega obidu davčne zakonodaje države članice, v kateri je družba posojiljemalka rezidentka.
- 25 Uvodoma je treba opozoriti, da čeprav sodi neposredno obdavčenje v pristojnost držav članic, morajo te glede na ustaljeno sodno prakso to pristojnost vseeno izvrševati ob spoštovanju prava Skupnosti (glej zlasti sodbe z dne 8. marca 2001 v združenih zadevah *Metallgesellschaft in drugi*, C-397/98 in C-410/98, Recueil, str. I-1727, točka 37; z dne 13. decembra 2005 v zadevi *Marks & Spencer*, C-446/03, ZOdl., str. I-10837, točka 29, in z dne 12. decembra 2006 v zadevi *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, C-374/04, ZOdl., str. I-11673, točka 36).

Prosti pretok oseb, storitev in kapitala

- 26 Ker predložitveno sodišče sprašuje Sodišče o razlagi člena 43 ES, ki se nanaša na svobodo ustanavljanja, in člena 49 ES, ki se nanaša na svobodo opravljanja storitev, ter člena 56 ES, ki se nanaša na prosti pretok kapitala, je treba določiti, ali za tako nacionalno zakonodajo, kot se obravnava v postopku v glavni stvari, lahko veljajo te svobode.

- 27 V skladu z ustaljeno sodno prakso spadajo na materialno področje uporabe določb Pogodbe ES, ki se nanašajo na svobodo ustanavljanja, nacionalne določbe, ki se uporabljajo takrat, ko ima državljan zadevne države članice v kapitalu družbe s sedežem v drugi državi članici delež, ki mu omogoča izvajanje določenega vpliva na odločitve te družbe in na opredeljevanje njenih dejavnosti (glej v tem smislu sodbe z dne 13. aprila 2000 v zadevi Baars, C-251/98, Recueil, str. I-2787, točka 22; z dne 21. novembra 2002 v zadevi X in Y, C-436/00, Recueil, str. I-10829, točka 37, in z dne 12. septembra 2006 v zadevi Cadbury Schweppes in Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, ZOdl., str. I-7995, točka 31).
- 28 Kot je poudaril generalni pravobranilec v točkah 33 in 34 sklepnih predlogov, se v tem primeru obravnavane nacionalne določbe, ki določajo, da se obresti, ki jih družba rezidentka (v nadaljevanju: družba posojiljemalka) plača pri vračilu posojila, ki ga je dala družba nerezidentka (v nadaljevanju: družba posojilodajalka), opredelijo kot razdeljeni dobiček, uporabljajo samo takrat, ko ima družba posojilodajalka določen vpliv na družbo posojiljemalko ali njo samo nadzira družba, ki ima tak vpliv.
- 29 Po eni strani so se v primeru zakonodaje, ki je veljala pred spremembami iz leta 1998, upoštevne določbe ICTA uporabljale za posojila, ki jih je dala družba nerezidentka odvisni družbi rezidentki, v kateri je imela prva družba 75 % kapitala, ali kadar sta bili obe družbi v deležu 75 % odvisni od tretje družbe.
- 30 Po drugi strani pa se po spremembah iz leta 1998 zadevna zakonodaja uporablja samo, kadar sta obe zadevni družbi pod skupnim nadzorom v smislu, da je ena od

njiju neposredno ali posredno udeležena pri upravljanju, nadzoru ali kapitalu druge zadevne družbe, ali da je nek tretji subjekt neposredno ali posredno udeležen pri upravljanju, nadzoru ali kapitalu obeh drugih zadevnih družb.

- 31 Kot je poudarila Komisija Evropskih skupnosti, se namreč taka zakonodaja, kot se obravnava v postopku v glavni stvari, katere cilj je ukrepati proti „podkapitalizaciji“ („thin capitalisation“) družb rezidentk s strani povezane družbe nerezidentke, nanaša samo na tiste primere, ko ima slednja družba nad drugimi družbami iz iste skupine tak nadzor, da lahko vpliva na izbiro financiranja teh drugih družb, zlasti na vprašanje, ali je treba te družbe financirati s posojilom ali s kapitalskim vložkom.
- 32 Poleg tega iz predložitvene odločbe izhaja tudi, da se postopki, ki so bili izbrani za vzorčne postopke v okviru spora, ki je v teku pri predložitvenem sodišču, nanašajo na odvisne družbe rezidentke Združenega kraljestva, ki so neposredno ali posredno v najmanj 75 % lasti matične družbe nerezidentke ali druge družbe nerezidentke, ki je prav tako neposredno ali posredno v najmanj 75 % lasti te matične družbe.
- 33 Taka zakonodaja, kot se obravnava v postopku v glavni stvari, katere predmet so samo razmerja znotraj skupine družb, odločilno posega v svobodo ustanavljanja in jo je zato treba preučiti glede na člen 43 ES (glej v tem smislu zgoraj navedeno sodbo Cadbury Schweppes in Cadbury Schweppes Overseas, točko 32, in sodbo z dne 12. decembra 2006 v zadevi Test Claimants in the FII Group Litigation, C-446/04, ZOdl., str. I-11753, točka 118).

- 34 Če bi imela ta zakonodaja, kot trdita tožeči stranki v postopku v glavni stvari, omejujoče učinke na svobodo opravljanja storitev in prost pretok kapitala, bi bili taki učinki nujna posledica morebitne ovire za svobodo ustanavljanja in nikakor ne bi upravičevali samostojne preučitve omenjene zakonodaje ob upoštevanju členov 49 ES in 56 ES (glej v tem smislu sodbo z dne 14. oktobra 2004 v zadevi Omega, C-36/02, ZOdl., str. I-9609, točka 27; zgoraj navedeno sodbo Cadbury Schweppes in Cadbury Schweppes Overseas, točka 33, in sodbo z dne 3. oktobra 2006 v zadevi Fidium Finanz, C-452/04, ZOdl., str. I-9521, točki 48 in 49).
- 35 Na zastavljeni vprašanji je treba torej odgovoriti samo ob upoštevanju člena 43 ES.

Obstoj omejitve svobode ustanavljanja

- 36 Svoboda ustanavljanja, ki jo člen 43 ES priznava državljanom Skupnosti in ki zajema pravico, da začnejo in opravljajo dejavnost kot samozaposlene osebe, pravico do ustanovitve in upravljanja podjetij pod enakimi pogoji, kot jih za svoje državljane določa zakonodaja države članice, v kateri se taka ustanovitev izvede, zajema v skladu s členom 48 ES za družbe, ustanovljene v skladu z zakonodajo posamezne države članice, ki imajo registriran sedež, glavno upravo ali glavni kraj poslovanja v Skupnosti, pravico opravljanja dejavnosti v zadevni državi članici prek hčerinske družbe, podružnice ali agencije (glej zlasti sodbo z dne 21. septembra 1999 v zadevi Saint-Gobain ZN, C-307/97, Recueil, str. I-6161, točko 35, ter zgoraj navedeni sodbi Marks & Spencer, točka 30, in Cadbury Schweppes in Cadbury Schweppes Overseas, točka 41).

- 37 Glede družb je treba navesti, da njihov sedež v smislu člena 48 ES, tako kot državljanstvo pri fizičnih osebah, omogoča, da se določi njihova povezanost s pravnim redom države. Če bi se priznalo, da lahko država članica, v kateri je odvisna družba ustanovljena, svobodno uporablja različno obravnavanje za to odvisno družbo zgolj zato, ker je sedež njene matične družbe v drugi državi članici, bi člen 43 ES s tem izgubil pomen (glej v tem smislu sodbi z dne 28. januarja 1986 v zadevi Komisija proti Franciji, 270/83, Recueil, str. 273, točka 18, in z dne 13. julija 1993 v zadevi Commerzbank, C-330/91, Recueil, str. I-4017, točka 13, ter zgoraj navedeni sodbi Metallgesellschaft in drugi, točka 42, in Marks & Spencer, točka 37). Cilj svobode ustanavljanja je tako, da se v državi članici sprejema zagotovi nacionalno obravnavanje s prepovedjo kakršnekoli diskriminacije na podlagi kraja sedeža družb (glej v tem smislu zgoraj navedeni sodbi Komisija proti Franciji, točka 14, in Saint-Gobain ZN, točka 35).
- 38 V obravnavanem primeru nacionalne določbe, ki se nanašajo na „podkapitalizacijo“, določajo, da se v določenih okoliščinah obresti, ki jih plača ena družba drugi družbi iz iste skupine, pri vračilu posojila, ki ji ga je dala ta druga družba, opredelijo kot razdeljeni dobiček in s tem prepovedujejo družbi posojilojemalki, da bi plačane obresti odbila od obdavčljivega dobička.
- 39 Iz spisa izhaja, da lahko opredelitev obresti, plačanih povezani družbi, kot razdeljeni dobiček poveča davčno breme družbe posojilojemalke ne samo zato, ker obdavčljivega dobička ni mogoče odbiti od zneska plačanih obresti, ampak tudi zato, ker lahko z opredelitvijo navedenih obresti kot razdeljeni dobiček ta družba postane zavezana za plačilo akontacije davka od dohodkov pravnih oseb ob tej operaciji.

- 40 Vendar je treba ugotoviti, da nacionalne določbe, ki se nanašajo na podkapitalizacijo, uvajajo različno obravnavanje družb rezidentk posojilojemalk glede na to, ali ima povezana družba posojilodajalka sedež v Združenem kraljestvu ali ne.
- 41 Po eni strani je glede nacionalne zakonodaje, ki je veljala do leta 1995, res, da so bile načeloma obresti, ki jih je plačala družba rezidentka, opredeljene kot razdeljeni dobiček, če so presegle znesek razumnega gospodarnega vračila zadevnega posojila, ne glede na to, ali je bila družba posojilodajalka rezidentka ali ne. Kadar pa je družba rezidentka plačala obresti povezani družbi nerezidentki zunaj primerov, za katere se uporablja SDO, ki odreka uporabo notranje zakonodaje, so se te obresti vedno obravnavale kot razdeljeni dobiček, tudi če so ustrezale razumnemu gospodarnemu donosu navedenega posojila.
- 42 Po drugi strani se v nacionalni zakonodaji, ki se je uporabljala med letoma 1995 in 1998, določba, ki je obresti, ki jih je družba plačala drugi družbi iz iste skupine družb, izenačevala z razdeljenim dobičkom, kadar so te obresti presegle to, kar bi bilo dogovorjeno, če ne bi bilo posebnih razmerij med dolžnikom navedenih obresti in njihovim upnikom ali med tema strankama in tretjo osebo, ni uporabljala, kadar sta bili družba posojilojemalka in družba posojilodajalka obdavčeni v Združenem kraljestvu.
- 43 Na podlagi zakonodaje, ki se je uporabljala med letoma 1998 in 2004, so tudi za obresti, ki so bile plačane med družbama iz iste skupine, veljala pravila v zvezi z transfernimi cenami, kadar so se obresti nanašale na transakcijo, ki je bila sklenjena v drugačnih

pogojih od tistih, ki bi bili uporabljeni, če ti družbi ne bi bili iz iste skupine in če bi pogoji, ki so bili dogovorjeni v okviru te transakcije, z vidika davčne zakonodaje Združenega kraljestva eni od strank dajali potencialno ugodnost. Iz te zakonodaje izhaja, da se je štelo, da take ugodnosti ni, kadar so bili izpolnjeni določeni pogoji, med drugim dejstvo, da je bila druga stranka transakcije prav tako davčna zavezanka v Združenem kraljestvu.

- 44 Ker pa je družba davčna zavezanka v Združenem kraljestvu, če je rezidentka te države članice ali v njej opravlja gospodarsko dejavnost prek podružnice ali agencije, so bile v določbah, ki so se uporabljale med letoma 1995 in 2004, predpisane omejitve v glavnem za posojila, ki so jih dale matične družbe nerezidentke.
- 45 Iz tega izhaja, da je bil celo pred letom 1995 in v vsakem primeru med letoma 1995 in 2004, če je obresti plačala družba rezidentka pri vračilu posojila, ki ga je dala povezana družba nerezidentka, davčni položaj prve družbe manj ugoden od položaja družbe rezidentke posojilojemalke, ki je prejela posojilo od povezane družbe rezidentke.
- 46 Glede združljivosti tega različnega obravnavanja z določbami Pogodbe, ki se nanašajo na svobodo ustanavljanja, nemška vlada in vlada Združenega kraljestva poudarjata, prvič, da se te določbe ne uporabljajo za nacionalno ureditev, katere predmet je le izvajanje take pristojnosti na davčnem področju, kot je bila v skladu z mednarodno priznanimi načeli porazdeljena v SDO, ki jih je sklenilo Združeno kraljestvo.

- 47 V zvezi s tem se ti vladi sklicujeta na načelo, da lahko države porazdelijo dobiček družb iz iste skupine na podlagi pravila „svobodne konkurence“ ali „primerjave s tretjimi osebami“, ki ga med drugim določa člen 9 vzorčne konvencije o dohodku in kapitalu Organizacije za ekonomsko sodelovanje in razvoj (OECD). Nemška vlada dodaja, da je v skladu s tem pravilom država, v kateri je družba posojilodajalka rezidentka, pristojna za obdavčitev prejetih obresti, če je zadevna transakcija podobna transakciji, izvedeni med tretjimi osebami, v nasprotnem primeru pa ima to pristojnost država, v kateri je rezidentka družba posojilojemalka.
- 48 Glede izvajanja tega načela vlada Združenega kraljestva pojasnjuje, da večina SDO, ki jih je ta država članica sklenila, vsebuje določbo, ki pristojnim organom omogoča, da izvedejo kompenzacijsko prilagoditev, s katero bo v zameno za vsako prilagoditev navzgor obdavčljivega dobička v državi družbe posojilojemalke prišlo do ustreznega znižanja obdavčljivega dobička v državi, v kateri ima sedež družba posojilodajalka.
- 49 Glede tega je treba opozoriti, da v primeru neobstoja ukrepov Skupnosti za poenotenje in usklajitev ostanejo države članice pristojne, da s konvencijo ali enostransko opredelijo merila za porazdelitev svoje davčne pristojnosti, zlasti z namenom odprave dvojnega obdavčevanja (sodbe z dne 12. maja 1998 v zadevi Gilly, C-336/96, Recueil, str. I-2793, točki 24 in 30; z dne 7. septembra 2006 v zadevi N, C-470/04, ZOdl., str. I-7409, točka 44, in z dne 14. novembra 2006 v zadevi Kerckhaert in Morres, C-513/04, ZOdl., str. I-10967, točki 22 in 23). V teh okoliščinah je naloga držav članic, da sprejmejo ukrepe, potrebne za preprečevanje dvojnega obdavčevanja, in sicer zlasti z uporabo meril za porazdelitev, ki se uporabljajo v mednarodni davčni praksi, vključno z vzorčnimi konvencijami, ki jih je izdelala OECD (glej v tem smislu zgoraj navedene sodbe Gilly, točka 31, N, točka 45, in Kerckhaert in Morres, točka 23).

50 Vendar nacionalne določbe, ki se obravnavajo v postopku v glavni stvari, ne izhajajo samo iz porazdelitve pristojnosti med Združenim kraljestvom in državami, s katerimi je ta država sklenila SDO.

51 Čeprav so pred spremembami zakona iz leta 1995 te nacionalne določbe namreč določale, da je treba, razen če ni v SDO določeno drugače, obresti, ki jih plača družba rezidentka pri vračilu posojila, ki ga je odobrila povezana družba nerezidentka, opredeliti kot razdeljeni dobiček, so s tem te določbe odražale enostransko odločitev zakonodajalca Združenega kraljestva. Enako je veljalo pred spremembami iz leta 1998 glede obresti, ki so bile plačane v takih okoliščinah, kadar so presegle to, kar bi bilo plačano v okoliščinah svobodne konkurence, ter tudi na podlagi zakonskih sprememb iz leta 1998 za transakcije, ki so bile sklenjene med dvema družbama pod skupnim nadzorom v pogojih, ki so bili drugačni od tistih, ki bi bili uporabljeni, če družbi ne bi bili pod takim nadzorom, zlasti kadar bi ti pogoji eni stranki transakcije dajali potencialno davčno ugodnost z vidika v Združenem kraljestvu veljavne zakonodaje.

52 Te določbe so bolj kot to, da bi poskušale preprečiti dvojno obdavčevanje dobička, ustvarjenega v Združenem kraljestvu, odražale odločitev te države članice, da svoj davčni sistem organizira tako, da se prepreči, da bi bil tak dobiček v tej državi obdavčen s sistemom podkapitalizacije odvisnih družb rezidentk s strani povezanih družb nerezidentk. Kot je poudaril generalni pravobranilec v točkah 55 in 56 sklepnih predlogov, enostranskosti določbe, ki nekatere obresti, ki se plačajo družbam nerezidentkam, opredeljuje kot razdeljeni dobiček, ne zanikata niti dejstvo, da se je ta država

članica pri uvedbi take opredelitve zgledovala po mednarodno priznanih načelih, niti okoliščina, da je pri družbah posojilodajalkah, ki so rezidentke nekaterih drugih držav, ta država poskušala poleg svoje nacionalne zakonodaje uporabiti tudi SDO, ki vsebujejo pogodbeno določila za preprečevanje ali zmanjševanje dvojnega obdavčevanja, ki lahko izhaja iz take opredelitve.

- 53 Poleg tega je treba navesti, da čeprav bi v nekaterih primerih uporaba določb, ki se obravnavajo v postopku v glavni stvari, pomenila samo izvajanje meril, določenih v SDO, ostaja dejstvo, da se morajo države članice pri izvajanju tako porazdeljene pristojnosti obdavčevanja držati pravil prava Skupnosti (glej v tem smislu zgoraj navedeno sodbo *Saint-Gobain ZN*, točki 58 in 59, in sodbo z dne 12. decembra 2002 v zadevi *De Groot*, C-385/00, *Recueil*, str. I-11819, točka 94), natančneje pravil glede svobode ustanavljanja, kot jo zagotavlja člen 43 ES.

- 54 Končno, glede dejstva, da je na podlagi določb SDO povečanje obdavčljivega dobička, ki je posledica drugačne opredelitve obresti, mogoče nadomestiti z ustreznim znižanjem obdavčljivega dobička v državi, v kateri je družba posojilodajalka rezidentka, je res, da mora Sodišče zato, ker je davčni sistem, ki je posledica SDO, del pravnega okvira, ki se uporablja v postopku v glavni stvari, in ker ga je predložitveno sodišče predstavilo kot takega, to upoštevati, da bi njegova razlaga prava Skupnosti nacionalnemu sodišču lahko koristila (glej v tem smislu sodbi z dne 7. septembra 2004 v zadevi *Manninen*, C-319/02, ZOdl., str. I-7477, točka 21, in z dne 19. januarja 2006 v zadevi *Bouanich*, C-265/04, ZOdl., str. I-923, točke od 51 do 55; sodbo v zgoraj navedeni zadevi *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, točka 71, ter sodbo z dne 14. decembra 2006 v zadevi *Denkavit Internationaal in Denkavit France*, C-170/05, ZOdl., str. I-11949, točka 45).

55 Vendar iz spisa ni razvidno, da kadar so na podlagi v Združenem kraljestvu veljavne zakonodaje obresti, ki jih plača družba rezidentka povezani družbi nerezidentki, opredeljene kot razdeljeni dobiček, povezana uporaba te nacionalne zakonodaje in določb iz SDO na splošno omogoča izničenje davčne obremenitve, ki izhaja iz prilagoditev v zvezi z obdavčljivim dobičkom družbe posojilojemalke. Glede tega se tožeče stranke v postopku v glavni stvari ne strinjajo s trditvijo vlade Združenega kraljestva, da je bila na podlagi SDO, ki jih je Združeno kraljestvo sklenilo z drugimi državami članicami, in uporabe Konvencije 90/436/EGS z dne 23. julija 1990 o izogibanju dvojnega obdavčevanja v zvezi s preračunom dobička povezanih podjetij (UL L 225, str. 10) davčna neugodnost, ki je bila povzročena skupini družb zaradi uporabe nacionalnih določb na področju podkapitalizacije, vedno nadomeščena z ustrezno ugodnostjo.

56 Tudi če bi davčna ugodnost, ki je priznana v državi, v kateri je družba posojilodajalka rezidentka, lahko izničila davčno breme, ki za družbo posojilojemalko izhaja iz uporabe zakonodaje države, v kateri je rezidentka, pa iz spisa ne izhaja, da na podlagi povezane uporabe v Združenem kraljestvu veljavne zakonodaje in SDO, ki jih je sklenila ta država članica, vsako prilagoditev navzgor obdavčljivega dobička družbe posojilojemalke, h kateri vodi opredelitev obresti, plačanih povezani družbi nerezidentki, izniči podelitev davčne ugodnosti slednji družbi v državi, v kateri je rezidentka.

57 Drugič, vlada Združenega kraljestva zatrjuje, da različno obravnavanje, ki ga določa zakonodaja, ki se obravnava v postopku v glavni stvari, ne pomeni neposredne in gotove ovire za izvajanje svobode ustanavljanja, ker ni niti njegov predmet niti njegov učinek, da bi postalo izvajanje svobode ustanavljanja v Združenem kraljestvu za družbe s sedežem v drugih državah članicah manj privlačno.

- 58 Kot navajata ta vlada in nemška vlada, v Združenem kraljestvu veljavna zakonodaja ne uveljavlja diskriminacije, temveč samo razlikuje med položajema, ki nista primerljiva. Ti vladi namreč pojasnujeta, da lahko skupina družb samo v čezmejnih okoliščinah, in sicer tako, da financira odvisno družbo rezidentko Združenega kraljestva s posojilom namesto z lastniškim kapitalom, organizira „prenos dobička“ v drugo državi, v kateri bo ta obdavčen po nižji stopnji, in s tem doseže, da se dobiček, ki ga ustvari odvisna družba rezidentka, izogne obdavčenju v Združenem kraljestvu. Poleg tega naj bi imela samo tuja matična družba možnost, da za sedež izbere državo, v kateri so obresti obdavčene po posebej nizki stopnji ali so davka celo proste.
- 59 Glede tega je treba poudariti, da lahko po eni strani različno obravnavanje, ki so ga v okviru take zakonodaje, kot se obravnava v postopku v glavni stvari, deležne odvisne družbe matičnih družb nerezidentk v primerjavi z odvisnimi družbami matičnih družb rezidentk, omeji svobodo ustanavljanja, tudi če na davčnem področju položaj čezmejne skupine družb ni primerljiv s položajem skupine družb, ki so vse rezidentke iste države članice.
- 60 Drži, da tveganja, da bo financiranje odvisne družbe urejeno z namenom organiziranja prenosa dobička v državo, v kateri je obdavčen z nižjim davkom, znotraj skupine družb ponavadi ni, če so vse družbe obdavčene v isti državi članici z isto davčno stopnjo. Vendar to ne pomeni, da v določenih primerih pravila, ki jih država članica sprejme posebej za primere čezmejnih skupin, ne omejujejo svobode ustanavljanja zadevnih družb.
- 61 Po drugi strani je treba poudariti, da različno obravnavanje odvisnih družb rezidentk glede na kraj, v katerem ima njuna matična družba sedež, pomeni omejevanje

svobode ustanavljanja, ker povzroči, da postane izvajanje svobode ustanavljanja za družbe s sedežem v drugih državah članicah manj privlačno in bi zato te družbe lahko opustile pridobitev, ustanovitev ali ohranitev odvisne družbe v državi članici, ki je sprejela ta ukrep (glej zgoraj navedeno sodbo Lankhorst-Hohorst, točka 32).

- 62 V nasprotju s tem, kar zatrjuje vlada Združenega kraljestva, za to, da se šteje, da taka zakonodaja omejuje svobodo ustanavljanja, zadošča, da je slednja taka, da v državi članici družbam s sedežem v drugi državi članici omejuje izvajanje te svobode, ne da bi bilo treba izkazati, da je bil dejanski učinek zadevne zakonodaje ta, da nekatere od navedenih družb niso pridobile, ustanovile ali ohranile odvisne družbe v prvi državi članici.
- 63 Iz tega izhaja, da različno obravnavanje, ki so ga v okviru nacionalnih določb, ki se obravnavajo v postopku v glavni stvari, v zvezi s podkapitalizacijo deležne družbe rezidentke posojilojemalke glede na kraj, v katerem ima sedež povezana družba posojilodajalka, pomeni omejevanje svobode ustanavljanja.

Upravičenje omejevanja svobode ustanavljanja

- 64 Taka omejitev je dopustna samo, če jo upravičujejo nujni razlogi v splošnem interesu. V takem primeru mora biti tudi primerna za zagotavljanje uresničitve zadevnega cilja

in ne sme presegati tega, kar je nujno potrebno za dosego tega cilja (zgoraj navedeni sodbi Marks & Spencer, točka 35, ter Cadbury Schweppes in Cadbury Schweppes Overseas, točka 47).

- 65 Vlada Združenega kraljestva ob podpori nemške vlade zatrjuje, da nacionalne določbe, ki se obravnavajo v postopku v glavni stvari, upravičujeta potrebi po zagotovitvi doslednosti nacionalnega davčnega sistema in po boju proti izogibanju davkom. Kot navaja vlada Združenega kraljestva, naj bi šlo v resnici za dve plati istega cilja, ki je, da se zagotovi obstoj pravičnega in doslednega davčnega sistema.

– Potreba po zagotovitvi doslednosti nacionalnega davčnega sistema

- 66 Prvič, glede potrebe po zagotovitvi doslednosti nacionalnega davčnega sistema vlada Združenega kraljestva zatrjuje, da nacionalna zakonodaja s tem, da jamči, da so „prikrite“ razdelitve dividend obdavčene samo enkrat in na ustreznem davčnem ozemlju, prek sklenjenih SDO zagotavlja, da bo morebitno povečanje obdavčljivega dobička v Združenem kraljestvu nadomeščeno z ustreznim znižanjem dobička posojilodajalca, ki je obdavčen v državi, v kateri je rezident. Nasprotno pa naj v postopku, v katerem je bila izdana zgoraj navedena sodba Lankhorst-Hohorst, ne bi bilo nobene enakovredne določbe v SDO, sklenjenem med Zvezno republiko Nemčijo in Kraljevino Nizozemsko.
- 67 Nemška vlada dodaja, da je, kadar sta družba posojilojemalka in družba posojilodajalka rezidentki iste države članice, davčna ugodnost zaradi plačila obresti, to je

odbitje obresti od obdavčljivega dobička družbe posojilojemalke, vedno nadomeščena z ustrezno davčno neugodnostjo pri družbi posojilodajalki, to je obdavčitev prejetih obresti. Če taka nadomestitev ne bi bila zagotovljena, če je družba posojilodajalka rezidentka druge države članice, bi to države članice privedlo do tega, da bi porazdelile svojo pristojnost obdavčevanja glede na to, ali je bila zadevna transakcija sklenjena pod enakimi pogoji, kot če bi šlo za transakcijo med neodvisnima družbama.

⁶⁸ Glede tega je treba opozoriti, da je Sodišče v točkah 28 oziroma 21 sodb z dne 28. januarja 1992 v zadevi Bachmann (C-204/90, Recueil, str. I-249) in v zadevi Komisija proti Belgiji (C-300/90, Recueil, str. I-305) priznalo, da nujnost zagotovitve doslednosti davčnega sistema lahko upraviči omejitev izvrševanja temeljnih svobod, ki jih zagotavlja Pogodba. Vendar lahko trditev, ki temelji na taki utemeljitvi, velja samo, če je ugotovljen obstoj neposredne zveze med zadevno davčno ugodnostjo in nadomestitvijo te ugodnosti z določenim davčnim odtegljajem (glej v tem smislu sodbo z dne 14. novembra 1995 v zadevi Svensson in Gustavsson, C-484/93, Recueil, str. I-3955, točka 18, zgoraj navedeno sodbo Manninen, točka 42, in sodbo z dne 23. februarja 2006 v zadevi Keller Holding, C-471/04, ZOdl., str. I-2107, točka 40).

⁶⁹ Kot je bilo poudarjeno v točkah 55 in 56 te sodbe, tudi če bi bila davčna ugodnost v državi, v kateri je družba posojilodajalka rezidentka, taka, da bi izničila davčno breme, ki za družbo posojilojemalko izhaja iz uporabe zakonodaje države, v kateri je rezidentka, vladi, ki sta predložili stališča, nista dokazali, da je na podlagi povezane uporabe v Združenem kraljestvu veljavne zakonodaje in SDO, ki jih je sklenila ta država članica, vsaka prilagoditev navzgor obdavčljivega dobička družbe posojilojemalke, do katere privede opredelitev obresti, plačanih povezani družbi nerezidentki, izničena s podelitvijo davčne ugodnosti tej drugi družbi v državi, v kateri je rezidentka.

- 70 V teh okoliščinah omejevanja svobode ustanavljanja, ki izhaja iz nacionalnih določb, ki se obravnavajo v postopku v glavni stvari, ne upravičuje potreba po zagotovitvi doslednosti nacionalnega davčnega sistema.

– Razlogi za boj proti zlorabam

- 71 Drugič, glede ugotovitev v zvezi z bojem proti izogibanju davkom vlada Združenega kraljestva poudarja, da se v nasprotju z nemško zakonodajo, ki se je obravnavala v postopku, v katerem je bila izdana zgoraj navedena sodba Lankhorst-Hohorst, nacionalne določbe v zvezi s podkapitalizacijo nanašajo na posebno obliko izogibanja davkom, ki vsebuje sprejemanje umetnih dogovorov, namenjenih za obid davčne zakonodaje v državi, v kateri je družba posojilojemalka rezidentka. Določbe, ki veljajo v Združenem kraljestvu, naj ne bi presegle tistega, kar naj bi bilo potrebno za doseg tega cilja, in sicer v smislu, da naj bi temeljile na mednarodno priznanem načelu svobodne konkurence, da naj bi kot razdeljeni dobiček opredeljevale samo del obresti, ki presega to, kar bi bilo plačano v okviru transakcije, sklenjene v okoliščinah svobodne konkurence, in da naj bi se uporabljale prožno, zlasti z določitvijo predhodnega postopka preverjanja.
- 72 Opozoriti je treba, da je v skladu z ustaljeno sodno prakso nacionalni ukrep, ki omejuje svobodo ustanavljanja, lahko upravičen, če je posebej namenjen povsem umetnim konstruktom, katerih cilj je izogibanje zakonodaji zadevne države članice (glej v tem smislu sodbo z dne 16. julija 1998 v zadevi ICI, C-264/96, Recueil, str. I-4695, točka 26, ter zgoraj navedene sodbe Lankhorst-Hohorst, točka 37, Marks & Spencer, točka 57, in Cadbury Schweppes in Cadbury Schweppes Overseas, točka 51).

- 73 Sama okoliščina, da družba rezidentka prejme posojilo od povezane družbe s sedežem v drugi državi članici, ne ustvarja splošne domneve zlorabe in ne upravičuje ukrepa, ki škoduje izvajanju temeljne svobode, ki jo zagotavlja Pogodba (glej v tem smislu sodbo z dne 26. septembra 2000 v zadevi Komisija proti Belgiji, C-478/98, Recueil, str. I-7587, točka 45; zgoraj navedeno sodbo X in Y, točka 62; sodbo z dne 4. marca 2004 v zadevi Komisija proti Franciji, C-334/02, Recueil, str. I-2229, točka 27, ter zgoraj navedeno sodbo Cadbury Schweppes in Cadbury Schweppes Overseas, točka 50).
- 74 Da bi se omejevanje svobode ustanavljanja lahko upravičilo z razlogi boja proti zlorabam, mora biti poseben namen takega omejevanja oviranje ravnanj, ki ustvarjajo povsem umetne konstrukte brez gospodarske resničnosti, z namenom, da se obide davek na dobiček, ustvarjen z opravljanjem dejavnosti na nacionalnem ozemlju, ki ga je po navadi treba plačati (zgoraj navedena sodba Cadbury Schweppes in Cadbury Schweppes Overseas, točka 55).
- 75 Po zgledu ravnanj, navedenih v točki 49 zgoraj navedene sodbe Marks & Spencer, pri katerih naj bi šlo za prenos izgub znotraj skupine družb na družbe s sedežem v državah članicah, v katerih veljajo najvišje davčne stopnje in v katerih je zato davčna vrednost izgub največja, je ravnanje, opisano v prejšnji točki, tako, da lahko ogroža pravico držav članic do izvajanja davčne pristojnosti glede dejavnosti, ki se opravljajo na njihovem ozemlju, in s tem škoduje enakomerni porazdelitvi pristojnosti obdavčevanja med državami članicami (zgoraj navedena sodba Cadbury Schweppes in Cadbury Schweppes Overseas, točka 56).

- 76 Kot poudarja vlada Združenega kraljestva, se taka nacionalna zakonodaja, kot se obravnava v postopku v glavni stvari, nanaša na „podkapitalizacijo“, na podlagi katere poskuša skupina družb zmanjšati obdavčitev dobička, ki ga je ustvarila ena od njenih odvisnih družb, s tem, da se odloči za financiranje te odvisne družbe s posojili namesto z lastniškim kapitalom, kar tej odvisni družbi omogoča, da na matično družbo prenese dobiček v obliki obresti, ki se odbijejo pri izračunu njenega obdavčljivega dobička, in ne v obliki dividend, ki se ne odbijejo. Kadar je matična družba rezidentka države, v kateri je davčna stopnja nižja od tiste, ki se uporablja v državi, v kateri je rezidentka odvisna družba, se tako davčni dolg lahko prenese v državo z nižjim davkom.
- 77 Taka zakonodaja s tem, ko določa, da se navedene obresti opredelijo kot razdeljeni dobiček, preprečuje ravnanja, katerih edini cilj bi bil izogibanje davku, ki ga je ponavadi treba plačati od dobička, ustvarjenega z opravljanjem dejavnosti na nacionalnem ozemlju. Iz tega izhaja, da je taka zakonodaja primerna za doseg cilja, zaradi katerega je bila sprejeta.
- 78 Treba je še preveriti, ali navedena zakonodaja ne presega tistega, kar je potrebno za doseg tega cilja.
- 79 Kot je ugotovilo Sodišče v točki 37 zgoraj navedene sodbe Lankhorst-Hohorst, te zahteve ne izpolnjuje nacionalna zakonodaja, ki nima zastavljenega posebnega cilja, da se davčne ugodnosti ne prizna povsem umetnim konstruktom, katerih cilj bi bil izognitev tej zakonodaji, ampak zajema na splošno vse primere, v katerih ima matična družba sedež v drugi državi članici, in sicer ne glede na razlog za to.

- 80 Nasprotno pa zakonodajo države članice lahko upravičujejo razlogi boja proti zlorabam, kadar določa, da se obresti, ki jih odvisna družba rezidentka plača matični družbi nerezidentki, opredelijo kot razdeljeni dobiček, samo če in v delu, v katerem presegajo to, za kar bi se ti družbi dogovorili v okoliščinah svobodne konkurence, to je pod poslovnimi pogoji, o katerih bi taki družbi lahko soglašali, tudi če ne bi bili iz iste skupine družb.
- 81 Okoliščina, da je družbi rezidentki dala posojilo družba nerezidentka pod pogoji, ki ne ustrezajo tistemu, za kar bi se zadevni družbi dogovorili v okoliščinah svobodne konkurence, za državo članico v kateri je družba posojiljemalka rezidentka, namreč pomeni dokaz, ki je objektivni in ga lahko preverijo tretje osebe, za to, ali je zadevna transakcija v celoti ali delno povsem umeten konstrukt, katerega bistveni cilj je obid davčni zakonodaji te države članice. Glede tega je pomembno, ali posojilo, če med zadevnima družbama ne bi bilo posebnega razmerja, ne bi bilo dano ali bi bilo dano v drugačnem znesku ali po drugačni obrestni meri.
- 82 Kot je poudaril generalni pravobranilec v točki 67 sklepnih predlogov, je treba šteti, da nacionalna zakonodaja, ki temelji na presoji objektivnih in preverljivih dokazov za določitev, ali ima transakcija značaj povsem umetnega konstrukta z izključno davčnimi nameni, ne presega tistega, kar je potrebno za preprečitev zlorab, kadar, prvič, v vsakem primeru, v katerem obstoja takega konstrukta ni mogoče izključiti, davčnemu zavezancu omogoča, in to brez čezmernih upravnih zahtev, da predloži dokaze v zvezi z morebitnimi poslovnimi razlogi, iz katerih je bila sklenjena ta transakcija.

- 83 Da bi taka zakonodaja ostala skladna z načelom sorazmernosti, je pomembno, drugič, da se, kadar preverjanje takih dokazov privede do ugotovitve, da je zadevna transakcija povsem umeten konstrukt, za katerega ni resničnih poslovnih razlogov, plačane obresti opredelijo kot razdeljeni dobiček samo v delu, v katerem presegajo to, kar bi bilo dogovorjeno, če ne bi bilo posebnega razmerja med strankama oziroma med slednjima in tretjo osebo.
- 84 V obravnavanem primeru iz spisa izhaja, da je do sprememb iz leta 1995 v Združenem kraljestvu veljavna zakonodaja določala, da so se obresti, ki jih odvisna družba rezidentka plača pri vračilu posojila, ki ji ga je dala matična družba nerezidentka, v celoti opredelile kot razdeljeni dobiček, ne da bi se presoјalo, ali je posojilo v skladu s takim upoštevniim merilom, kot je svobodna konkurenca, in ne da bi imela ta odvisna družba kakršno koli možnost predložiti dokaze v zvezi z resničnim poslovnim razlogom, na katerem je to posojilo temeljilo.
- 85 Vendar iz spisa tudi izhaja, da se ta zakonodaja ni uporabljala v primerih, v katerih je SDO odrekal njeno uporabo in zagotavljal, da so se zadevne obresti lahko odbile za davčne namene, če obrestna mera ni presegala tega, kar bi bilo dogovorjeno v okoliščinah svobodne konkurence. Na podlagi takega SDO je bil le del obresti, ki so presegale to, kar bi bilo plačano v okoliščinah svobodne konkurence, opredeljen kot razdeljeni dobiček.
- 86 Čeprav na prvi pogled kaže, da tak davčni sistem, kot je ta, ki za primere, za katere velja, izhaja iz SDO, ki jih je sklenilo Združeno kraljestvo, temelji na presoji objektivnih in preverljivih dokazov, na podlagi katerih je mogoče ugotoviti obstoj povsem umetnega konstrukta z izključno davčnimi nameni, je naloga predložitvenega sodišča,

da, kadar se izkaže, da so bile tožeče stranke v postopku v glavni stvari deležne takega sistema, ugotovi, ali jim je bila takrat, ko njihove transakcije niso izpolnjevale v SDO določenih pogojev za presojo, ali so skladne z merilom svobodne konkurence, omogočena predložitev dokazov v zvezi z morebitnimi poslovnimi razlogi, na katerih so temeljile te transakcije, in to brez čezmernih upravnih zahtev.

⁸⁷ Enako velja za nacionalne določbe, ki so veljale po zakonskih spremembah iz let 1995 in 1998. Nihče ni izpodbijal, da se je na podlagi teh določb opredelitev kot razdeljeni dobiček nanašala samo na del obresti, ki presega to, kar bi bilo plačano v okoliščinah svobodne konkurence. Vendar, čeprav na prvi pogled kaže, da merila, ki jih določajo te določbe, zahtevajo presojo objektivnih in preverljivih dokazov, da bi se ugotovil obstoj povsem umetnega konstrukta z izključno davčnimi nameni, je naloga predložitvenega sodišča, da ugotovi, ali te določbe davčnemu zavezancu, kadar transakcija ne izpolnjuje merila svobodne konkurence, omogočajo, da v okoliščinah, na katere je bilo opozorjeno v prejšnji točki, predloži dokaze v zvezi z poslovnimi razlogi, na katerih je temeljila ta transakcija.

⁸⁸ V nasprotju s tem, kar zatrjuje Komisija, kadar država članica kot razdeljeni dobiček opredeli celoto ali del obresti, ki jih je družba rezidentka plačala družbi nerezidentki iz iste skupine družb, potem ko je ugotovila, da gre za povsem umeten konstrukt, katerega cilj je obid njene davčne zakonodaje, se v teh okoliščinah od te države članice ne more zahtevati, naj zagotovi, da država, v kateri je rezidentka druga družba, stori vse, kar je potrebno, da se prepreči, da bi bilo na ravni te skupine plačilo, opredeljeno kot dividenda, obdavčeno kot dividenda tako v državi članici, v kateri je rezidentka prva družba, kot v državi članici, v kateri je rezidentka druga družba.

- 89 Ker namreč v takem primeru država članica, v kateri je rezidentka prva družba, lahko legitimno obravnava obresti, ki jih je plačala ta družba, kot razdelitev dobička, načeloma ni naloga te države, da zagotovi, da dobiček, ki je bil razdeljen delniški družbi nerezidentki, ne bi bil verižno obdavčen (glej v tem smislu zgoraj navedeno sodbo *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, točki 59 in 60).
- 90 Samo če se država članica odloči, da bo izvrševala svojo davčno pristojnost ne le pri odvisni družbi rezidentki nad dobičkom, ustvarjenim v tej državi članici, ampak tudi pri družbi prejemnici nerezidentki nad prihodkom, ki ga prejme od navedene odvisne družbe, mora ta država zato, da ta družba prejemnica ne bi naletela na omejitev svobode ustanavljanja, ki je načeloma prepovedana s členom 43 ES, paziti, da se glede na mehanizem, ki ga njeno nacionalno pravo določa za preprečevanje ali zmanjševanje verižnega obdavčevanja, družbo prejemnico nerezidentko obravnava enako kot družbo prejemnico rezidentko (glej v tem smislu zgoraj navedeni sodbi *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, točka 70, ter *Denkavit Internationaal in Denkavit France*, točka 37).
- 91 Sicer pa je treba poudariti, da, kot je že bilo poudarjeno v točki 49 te sodbe, ob neobstoju ukrepov Skupnosti za poenotenje in uskladitev države članice ostajajo pristojne, da s konvencijo ali enostransko opredelijo merila za porazdelitev njihove pristojnosti obdavčevanja, zlasti z vidika odprave dvojnega obdavčevanja.
- 92 Na prvo in tretje vprašanje je treba torej odgovoriti, da člen 43 ES nasprotuje zakonodaji države članice, ki omejuje možnost družbe rezidentke, da za davčne namene

odbije obresti, plačane pri vračilu posojila neposredni ali posredni matični družbi rezidentki druge države članice ali družbi, ki je rezidentka druge države članice in jo taka matična družba nadzira, ne da bi to omejitev določala za družbo rezidentko, ki je dala posojilo družbi, ki je prav tako rezidentka, razen če na eni strani ta zakonodaja temelji na presoji objektivnih in preverljivih dokazov, na podlagi katerih je mogoče ugotoviti obstoj povsem umetnega konstrukta z izključno davčnimi nameni, in davčnemu zavezancu omogoča, da brez čezmernih upravnih zahtev predloži dokaze v zvezi s poslovnimi razlogi, na katerih je temeljila zadevna transakcija, in če na drugi strani, kadar je obstoj takega konstrukta dokazan, ta zakonodaja te obresti opredeli kot razdeljeni dobiček, samo če presegajo to, kar bi bilo dogovorjeno v okoliščinah svobodne konkurence.

Drugo vprašanje

⁹³ Z drugim vprašanjem predložitveno sodišče v bistvu sprašuje, ali bi bil odgovor na prvo vprašanje drugačen, če družbi rezidentki posojila ne bi dala matična družba rezidentka druge države članice, ampak:

- druga družba iz iste skupine družb, ki je tako kot matična družba te skupine rezidentka druge države članice;

- druga družba iz iste skupine družb, ki je rezidentka druge države članice, medtem ko so povezane družbe, skupne družbi posojiljemalki in družbi posojilodajalki, rezidentke tretje države; ali

 - druga družba iz iste skupine družb, ki je rezidentka druge države članice, posojilo pa bi dala prek podružnice v tretji državi, medtem ko so povezane družbe, skupne družbi posojiljemalki in družbi posojilodajalki, rezidentke tretje države; ali

 - druga družba iz iste skupine družb, ki je tako kot povezane družbe, skupne družbi posojiljemalki in družbi posojilodajalki, rezidentka tretje države.
- ⁹⁴ V zvezi s tem je treba najprej opozoriti, da, kot je bilo poudarjeno v točki 61 te sodbe, taka nacionalna zakonodaja, kot se obravnava v postopku v glavni stvari, ki glede opredelitve obresti, ki jih odvisna družba rezidentka matični družbi plača kot razdeljeni dobiček, različno obravnava odvisni družbi rezidentki glede na kraj, v katerem ima sedež njuna matična družba, omejuje svobodo ustanavljanja, ker povzroči, da postane izvajanje svobode ustanavljanja za družbe s sedežem v drugih državah članicah manj privlačno in bi zato te družbe lahko opustile pridobitev, ustanovitev ali ohranitev odvisne družbe v državi članici, ki sprejme ta ukrep.
- ⁹⁵ Iz tega izhaja, da pomeni taka zakonodaja omejevanje svobode ustanavljanja, ki je načeloma prepovedano s členom 43 ES, če prejme družba posojiljemalka rezidentka

posojilo od družbe s sedežem v drugi državi članici, ki ima neposredno ali posredno v kapitalu družbe posojilojemalke delež, ki ji omogoča izvajanje določenega vpliva na odločitve te družbe in na opredeljevanje njenih dejavnosti, ter če družba posojilojemalka prejme posojilo od druge družbe nerezidentke, ki jo ne glede na to, kje ima sedež, nadzira družba, ki je rezidentka druge države članice in ima neposredno ali posredno v kapitalu družbe posojilojemalke tak delež.

⁹⁶ Odgovor na prvo vprašanje za predhodno odločanje torej velja tudi za primer iz prve alinee drugega vprašanja za predhodno odločanje.

⁹⁷ Glede primerov iz druge, tretje in četrte alinee drugega vprašanja za predhodno odločanje je treba opozoriti, da, kot je bilo poudarjeno v točki 36 te sodbe, člen 43 ES, bran v povezavi s členom 48 ES, vsebuje pravico opravljati dejavnost v drugi državi članici prek odvisne družbe, podružnice ali agencije, ki jo imajo družbe, ki so ustanovljene v skladu z zakonodajo države članice in imajo registriran sedež, glavno upravo ali glavni kraj poslovanja v Skupnosti.

⁹⁸ Člen 43 ES torej ne velja za uporabo take nacionalne zakonodaje, kot se obravnava v postopku v glavni stvari, če družba rezidentka prejme posojilo od družbe rezidentke

druge države članice, ki sama v družbi posojilojemalki nima deleža, ki omogoča nadzor, in če obe družbi neposredno ali posredno nadzira skupna povezana družba, ki je rezidentka tretje države.

- 99 Kadar namreč v takem primeru država članica, ki je sprejela to zakonodajo, kot razdeljeni dobiček opredeli obresti, ki jih plača družba posojilojemalka, ta ukrep posega v svobodo ustanavljanja, in sicer ne pri družbi posojilodajalki, ampak samo pri povezani družbi, ki ima nad obema drugima zadevnima družbama tak nadzor, ki ji omogoča vpliv na izbiro financiranja teh družb. Vendar če ta povezana družba nima sedeža v državi članici v smislu člena 48 ES, se člen 43 ES ne uporablja.
- 100 Iz istih razlogov člen 43 ES ne velja za uporabo te zakonodaje, če sta tako družba posojilodajalka kot skupna povezana družba rezidentki tretje države ali če da družba posojilodajalka, ki je rezidentka druge države članice in sama družbe posojilojemalke ne nadzira, posojilo prek podružnice s sedežem v tretji državi ter ima tudi skupna povezana družba sedež v tretji državi.
- 101 Glede drugih določb Pogodbe, na katere se sklicujejo tožeče stranke v postopku v glavni stvari, je treba poudariti, da, kot je bilo poudarjeno v točkah 33 in 34 te sodbe, taka zakonodaja, kot se obravnava v postopku v glavni stvari, katere predmet so samo razmerja znotraj skupine družb, odločilno posega v svobodo ustanavljanja. Če bi imela

taka zakonodaja omejevalne učinke na svobodo opravljanja storitev in na prosti pretok kapitala, bi bili taki učinki neizogibna posledica morebitne ovire za svobodo ustanavljanja in ne bi upravičevali preučitve te zakonodaje ob upoštevanju členov 49 ES in 56 ES.

- 102 Na drugo vprašanje je treba torej odgovoriti, da za tako zakonodajo države članice, kot je zakonodaja iz prvega vprašanja, ne velja člen 43 ES, če se uporablja takrat, ko prejme družba rezidentka posojilo od družbe rezidentke druge države članice ali tretje države, ki sama družbe posojilojemalke ne nadzira, in obe družbi neposredno ali posredno nadzira skupna povezana družba, ki je rezidentka tretje države.

Četrto vprašanje

- 103 S četrtem vprašanjem predložitveno sodišče v bistvu sprašuje, ali je treba, če bi taka zakonodaja, kot se obravnava v postopku v glavni stvari, pomenila omejevanje prostega pretoka kapitala med državami članicami in tretjimi državami iz člena 56 ES, za uporabo člena 57(1) ES ugotoviti, da je tako omejevanje 31. decembra 1993 obstajalo.

- 104 Takoj je treba poudariti, da je treba, kot izhaja iz točk 33, 34 in 101 te sodbe, tako zakonodajo, kot se obravnava v postopku v glavni stvari, preučiti glede na člen 43 ES in ne glede na člen 56 ES.

105 Na četrto vprašanje torej ni treba odgovoriti.

Peto do deseto vprašanje

106 S petim do desetim vprašanjem, ki jih je treba obravnavati skupaj, predložitveno sodišče v bistvu sprašuje, ali je treba, če bi bili nacionalni ukrepi, navedeni v prejšnjih vprašanjih, nezdržljivi s pravom Skupnosti, take tožbe, kot so jih vložile tožeče stranke v postopku v glavni stvari, da bi se odpravila taka nezdržljivost, opredeliti kot tožbe za vračilo neupravičeno prejetih zneskov oziroma neupravičeno zavrženih ugodnosti ali nasprotno kot tožbe za povrnitev nastale škode. V slednjem primeru se sprašuje, ali je treba izpolnjevati pogoje, navedene v zgoraj navedeni sodbi Brasserie du Pêcheur in Factortame, in ali je treba glede tega upoštevati obliko, v kateri morajo biti na podlagi nacionalnega prava te tožbe vložene.

107 Glede uporabe pogojev, na podlagi katerih je država članica dolžna povrniti škodo, ki je bila povzročena posameznikom s kršitvijo prava Skupnosti, predložitveno sodišče sprašuje, ali Sodišče lahko določi usmeritve glede zahteve po dovolj resni kršitvi navedene pravice in glede zahteve v zvezi z vzročno zvezo med kršitvijo obveznosti države članice in škodo, ki so jo utrpeli oškodovanci.

- 108 Na koncu predložitveno sodišče še sprašuje, ali je treba pri določitvi izgub, ki jih je treba povrniti ali nadomestiti, upoštevati to, ali so oškodovanci ravnali z razumno skrbnostjo, da bi se izognili izgubam, zlasti s tem, da so pri sodišču vložili tožbe.
- 109 Glede tega je treba poudariti, da ni naloga Sodišča, da pravno opredeli tožbe, ki so jih pri predložitvenem sodišču vložile tožeče stranke v postopku v glavni stvari. V obravnavanem primeru je naloga slednjih, da pod nadzorom predložitvenega sodišča natančno opredelijo naravo in temelj svoje tožbe (zahtevak za vračilo ali zahtevak za povrnitev škode) (glej zgoraj navedeni sodbi *Metallgesellschaft* in drugi, točka 81, in *Test Claimants in the FII Group Litigation*, točka 201).
- 110 Vendar ostaja dejstvo, da je v skladu z ustaljeno sodno prakso pravica do vračila davka, ki je bil v državi članici odmerjen s kršitvijo pravil prava Skupnosti, posledica in dopolnitev pravic, ki jih posameznikom podeljujejo določbe Skupnosti, kot jih je razlagalo Sodišče. Država članica je torej načeloma dolžna povrniti davke, ki so bili odmerjeni s kršitvijo prava Skupnosti (zgoraj navedena sodba *Test Claimants in the FII Group Litigation*, točka 202 in navedena sodna praksa).
- 111 Kadar na področju vračila neupravičeno obračunanih nacionalnih dajatev ni predpisov Skupnosti, mora pravni red vsake države članice določiti pristojna sodišča in podrobneje urediti postopkovna pravila pravnih sredstev, katerih namen je varstvo

pravic, ki za upravičene subjekte izhajajo iz prava Skupnosti, če po eni strani ta pravila niso manj ugodna od tistih, ki veljajo za podobna nacionalna pravna sredstva (načelo enakovrednosti), in če po drugi strani v praksi ne povzročajo nemogočega ali znatno oteženega uveljavljanja pravic, ki jih podeljuje pravni red Skupnosti (načelo učinkovitosti) (zgoraj navedena sodba *Test Claimants in the FII Group Litigation*, točka 203 in navedena sodna praksa).

- 112 Poleg tega imajo upravičeni subjekti, če je država članica pobrala davke s kršitvijo pravil prava Skupnosti, pravico do vračila ne le neupravičeno obračunanega davka, ampak tudi zneskov, ki so bili tej državi plačani ali jih je zadržala in so neposredno povezani s tem davkom. Kot je Sodišče odločilo v točkah 87 in 88 zgoraj navedene sodbe *Metallgesellschaft* in drugi, to zajema tudi izgube, nastale zaradi nedostopnosti denarnih zneskov zaradi predčasne zapadlosti davka (zgoraj navedena sodba *Test Claimants in the FII Group Litigation*, točka 205 in navedena sodna praksa).

- 113 Vendar pa v nasprotju s tem, kar zatrjujejo tožeče stranke v postopku v glavni stvari, niti olajšav ali drugih davčnih ugodnosti, ki bi se jim družba rezidentka odpovedala, da bi lahko neupravičeno obračunani davek v celoti odbila od zneska iz naslova nekega drugega davka, niti škode, ki bi jo utrpela taka družba, ker je skupina, ki ji pripada, menila, da je treba za zmanjšanje njene celotne davčne obremenitve financiranje z lastniškim kapitalom zamenjati s tujim kapitalom, niti stroškov, ki so jih imele družbe te skupine zato, da so se uskladile z zadevno nacionalno zakonodajo, ni mogoče ob sklicevanju na pravo Skupnosti nadomestiti z vložitvijo tožbe za vračilo neupravičeno obračunanega davka ali s tem davkom neposredno povezanih zneskov, ki so bili zadevni državi članici plačani ali jih je zadržala. Taki odhodki naj bi se namreč opirali na odločitve, ki so jih sprejele družbe te skupine, in zanje ne pomenijo neizogibne posledice odločitve Združenega kraljestva, da nekatere obresti, plačane družbam nerezidentkam, opredeli kot razdeljeni dobiček.

- 114 V teh okoliščinah je naloga nacionalnega sodišča, da ugotovi, ali v prejšnji točki navedeni stroški za zadevne družbe predstavljajo finančne izgube, ki so jih utrpeli zaradi kršitve prava Skupnosti, za katero je odgovorna zadevna država članica.
- 115 Sodišče sicer ni izključilo, da lahko nacionalno pravo za odgovornost države določi manj stroge pogoje, je pa razsodilo, da je država članica dolžna povrniti škodo, ki je bila povzročena posameznikom s kršitvijo prava Skupnosti, za katero je odgovorna, če so izpolnjeni trije pogoji, in sicer, da kršeno pravno pravilo podeljuje posameznikom pravice, da je kršitev dovolj resna in da obstaja neposredna vzročna zveza med kršitvijo obveznosti države in škodo, ki so jo utrpeli oškodovanci (glej zgoraj navedeno sodbo Brasserie du Pêcheur in Factortame, točki 51 in 66; sodbo z dne 30. septembra 2003 v zadevi Köbler, C-224/01, Recueil, str. I-10239, točki 51 in 57, in zgoraj navedeno sodbo Test Claimants in the FII Group Litigation, točka 209).
- 116 Ali so izpolnjeni pogoji, ki omogočajo ugotovitev odgovornosti držav članic za škodo, ki je bila posameznikom povzročena s kršitvami prava Skupnosti, morajo načeloma ugotoviti nacionalna sodišča, in sicer v skladu z usmeritvami, ki jih je določilo Sodišče za ugotavljanje izpolnitve pogojev (zgoraj navedena sodba Test Claimants in the FII Group Litigation, točka 210 in navedena sodna praksa).
- 117 V postopku v glavni stvari je prvi pogoj očitno izpolnjen, kar zadeva člen 43 ES. Učinek te določbe je namreč podelitev pravic posameznikom (glej zgoraj navedeni

sodbi Brasserie du Pêcheur in Factortame, točki 23 in 54, ter Test Claimants in the FII Group Litigation, točka 211).

- 118 Glede drugega pogoja je treba spomniti, da je po eni strani kršitev prava Skupnosti dovolj resna, če je država članica pri izvrševanju svoje zakonodajne pristojnosti očitno in močno prekoračila omejitve, postavljene pri izvrševanju njenih pristojnosti. Kadar je imela po drugi strani zadevna država članica ob zagrešitvi kršitve samo izredno omejeno diskrecijsko pravico ali je celo ni imela, lahko že preprosta kršitev prava Skupnosti zadošča za ugotovitev obstoja dovolj resne kršitve (zgoraj navedena sodba Test Claimants in the FII Group Litigation, točka 212 in navedena sodna praksa).
- 119 Za ugotovitev, ali obstaja dovolj resna kršitev, je treba upoštevati vse dejavnike, ki so značilni za zadevo, ki je bila predložena nacionalnemu sodišču. Ti dejavniki obsegajo med drugim stopnjo jasnosti in natančnosti kršenega pravila, namernost ali nenamernost storjene neizpolnitve ali povzročene škode, opravičljivost ali neopravičljivost morebitne nepravilne uporabe prava in okoliščino, da so lahko ravnanja institucije Skupnosti vplivala na sprejetje ali ohranitev nacionalnih ukrepov ali prakse, ki nasprotujejo pravu Skupnosti (zgoraj navedena sodba Test Claimants in the FII Group Litigation, točka 213 in navedena sodna praksa).
- 120 Vsekakor je kršitev prava Skupnosti očitno resna, kadar se ni odpravila kljub temu, da je bila razglašena sodba, v kateri je bila ugotovljena očitana neizpolnitev, sodba

o vprašanju za predhodno odločanje ali ustaljena sodna praksa Sodišča na zadevnem področju, iz katerih izhaja, da je obravnavano ravnanje kršitev (zgoraj navedena sodba *Test Claimants in the FII Group Litigation*, točka 214 in navedena sodna praksa).

¹²¹ V obravnavanem primeru mora nacionalno sodišče pri presoji, ali je bila kršitev člena 43 ES, ki jo je storila zadevna država članica, dovolj resna, upoštevati dejstvo, da so bile na področju, kot je področje neposrednih davkov, posledice, ki izhajajo iz prostega pretoka in jih zagotavlja Pogodba, le postopno pojasnjene, zlasti z načeli, ki jih je določilo Sodišče od zgoraj navedene sodbe Komisija proti Franciji z dne 28. januarja 1986 naprej. Do zgoraj navedene sodbe Lankhorst-Hohorst vprašanje, ki je bilo predstavljeno v tem predhodnem napotilu, v sodni praksi Sodišča še ni bilo obravnavano.

¹²² Glede tretjega pogoja, to je zahteve po neposredni vzročni zvezi med kršitvijo obveznosti države in škodo, ki so jo utrpeli oškodovanci, je naloga predložitvenega sodišča, da preveri, ali zatrjevana škoda dovolj neposredno izhaja iz kršitve prava Skupnosti, da bi bila država odgovorna za njeno povrnitev (zgoraj navedena sodba *Test Claimants in the FII Group Litigation*, točka 218 in navedena sodna praksa).

¹²³ Razen pri pravici do odškodnine, katere neposredna podlaga je pravo Skupnosti, mora država, če so izpolnjeni ti pogoji, posledice povzročene škode odpraviti v okviru nacionalnih predpisov o odgovornosti, pogoji, ki so jih določile nacionalne zakonodaje na

področju povrnitve škode, pa ne smejo biti manj ugodni od pogojev za podobne zahtevke, ki so nacionalne narave, in ne smejo biti oblikovani tako, da v praksi onemogočijo ali preveč otežijo pridobitev odškodnine (zgoraj navedena sodba *Test Claimants in the FII Group Litigation*, točka 219 in navedena sodna praksa).

- ¹²⁴ Treba je navesti, da lahko nacionalno sodišče pri določitvi škode, ki jo je treba povrniti, preveri, ali je oškodovanec ravnal z razumno skrbnostjo, da bi se izognil škodi ali da bi zmanjšal njen obseg, in zlasti, ali je pravočasno uporabil vsa pravna sredstva, ki jih je imel na voljo (zgoraj navedena sodba *Brasserie du Pêcheur in Factortame*, točka 84).
- ¹²⁵ Glede tega je Sodišče v točki 106 zgoraj navedene sodbe *Metallgesellschaft* in drugi v zvezi z davčno zakonodajo, ki je od matične družbe nerezidentke odvisnim družbam rezidentkam zavrnila priznanje sistema obdavčenja skupine, razsodilo, da bi izvajanje pravic, ki jih neposredno uporabne določbe prava Skupnosti podeljujejo posameznikom, postalo nemogoče ali preveč oteženo, če bi bilo treba njihove zahtevke za vračilo ali njihove zahtevke za povrnitev škode, ki bi temeljili na kršitvi prava Skupnosti, zavrniti ali zmanjšati samo zato, ker posamezniki niso zahtevali priznanja sistema obdavčenja, ki jim ga nacionalno pravo ni priznavalo, da bi z za to predvidenimi pravnimi sredstvi izpodbijali zavrnitev davčne uprave in se sklicevali na primarnost in neposredni učinek prava Skupnosti.
- ¹²⁶ Nemogoča ali preveč otežena bi bila tudi uporaba določbe, ki se nanaša na svobodo ustanavljanja, če bi bilo treba zahtevke za vračilo ali zahtevke za povrnitev škode, ki bi temeljili na kršitvi prava Skupnosti, zavrniti ali zmanjšati samo zato, ker zadevne

družbe od davčne uprave niso zahtevale, da bi pri vračilu posojila povezani družbi nerezidentki lahko plačale obresti, ne da bi bile te opredeljene kot razdeljeni dobiček, čeprav je v obravnavanih okoliščinah nacionalno pravo, v tem primeru v povezavi z upoštevnimi določbami SDO, določalo tako opredelitev.

- 127 Naloga predložitvenega sodišča je, da ugotovi, ali bi, če se izkaže, da nacionalna zakonodaja, ki se obravnava v postopku v glavni stvari, v danem primeru v povezavi z upoštevnimi določbami SDO, ni izpolnjevala pogojev, navedenih v točki 92 te sodbe, in je torej pomenila oviro za svobodo ustanavljanja, ki je prepovedana s členom 43 ES, uporaba te zakonodaje v vsakem primeru privedla do tega, da tožeče stranke v postopku v glavni stvari pri davčni upravi Združenega kraljestva s svojimi zahtevki ne bi uspele.

- 128 Na peto do deseto vprašanje je treba torej odgovoriti:

- Če ni ureditve Skupnosti, notranji pravni red vsake države članice določi pristojna sodišča in postopkovna pravila za pravna sredstva, ki zagotavljajo varovanje pravic, ki jih upravičenim subjektom daje pravo Skupnosti, vključno z opredelitvijo tožb, ki jih pri nacionalnih sodiščih vložijo oškodovanci. Slednja pa so dolžna zagotavljati, da imajo upravičeni subjekti učinkovito pravno sredstvo, ki omogoča, da jim je vrnjen neupravičeno obračunani davek in s tem davkom neposredno povezani zneski, ki so bili tej državi članici plačani ali jih je zadržala. Glede druge škode, ki bi jo utrpela oseba zaradi kršitve prava Skupnosti, za katero je

odgovorna država članica, pa je treba ugotoviti, da je ta država članica dolžna povrniti škodo, ki je bila pod pogoji iz točke 51 zgoraj navedene sodbe Brasserie du Pêcheur in Factortame povzročena posameznikom, kar pa ne izključuje tega, da je na podlagi nacionalnega prava mogoče ugotoviti odgovornost države na podlagi manj omejujočih pogojev.

- Kadar se izkaže, da pomeni zakonodaja države članice oviro za svobodo ustanavljanja, ki je prepovedana s členom 43 ES, lahko predložitveno sodišče pri določitvi škode, ki jo je treba povrniti, preveri, ali so oškodovanci ravnali z razumno skrbnostjo, da bi se tej škodi izognili ali da bi zmanjšali njen obseg, in zlasti, ali so pravočasno uporabili vsa pravna sredstva, ki so jih imeli na voljo. Vendar pa lahko predložitveno sodišče zato, da izvajanje pravic, ki jih člen 43 ES podeljuje posameznikom, ne bi postalo nemogoče ali preveč oteženo, določi, ali bi uporaba te zakonodaje, v danem primeru v povezavi z upoštevnimi določbami SDO, v vsakem primeru privedla do tega, da tožeče stranke v postopku v glavni stvari pri davčni upravi zadevne države članice s svojimi zahtevki ne bi uspele.

Zahtevak za časovno omejitev učinkov te sodbe

- ¹²⁹ Vlada Združenega kraljestva je Sodišču na obravnavi predlagala, da, če bi pravo Skupnosti razlagalo tako, da nasprotuje taki nacionalni zakonodaji, kot se obravnava v postopku v glavni stvari, učinke svoje sodbe časovno omeji, in sicer tudi glede tožb, ki so bile vložene pred dnevom razglasitve te sodbe. Ta vlada ocenjuje strošek zanjo neugodne razlage prava Skupnosti na 300 milijonov EUR.

- 130 Treba je ugotoviti, da v tem primeru vlada Združenega kraljestva ni natančno opredelila, kako je prišla do navedene ocene učinkov te sodbe in ali se ta znesek nanaša samo na finančne posledice v postopku v glavni stvari ali tudi na tiste, ki bi iz te sodbe izhajale v drugih zadevah.
- 131 Poleg tega je ta vlada navedla znesek pod predpostavko, da bi odgovori Sodišča privedli do tega, da bi bilo zahtevkom tožečih strank v postopku v glavni stvari v celoti ugodeno, kar pa mora ugotoviti predložitveno sodišče.
- 132 V teh okoliščinah Sodišče nima na voljo dovolj podatkov za obravnavo zahtevka vlade Združenega kraljestva.
- 133 Zato učinkov te sodbe ni treba časovno omejiti.

Stroški

- 134 Ker je ta postopek za stranki v postopku v glavni stvari ena od stopenj v postopku pred predložitvenim sodiščem, to odloči o stroških. Stroški, priglašeni za predložitev stališč Sodišču, ki niso stroški omenjenih strank, se ne povrnejo.

Iz teh razlogov je Sodišče (veliki senat) razsodilo:

- 1. Člen 43 ES nasprotuje zakonodaji države članice, ki omejuje možnost družbe rezidentke, da za davčne namene odbije obresti, plačane pri vračilu posojila neposredni ali posredni matični družbi rezidentki druge države članice ali družbi, ki je rezidentka druge države članice in jo taka matična družba nadzira, ne da bi to omejitev določala za družbo rezidentko, ki je dala posojilo družbi, ki je prav tako rezidentka, razen če na eni strani ta zakonodaja temelji na presoji objektivnih in preverljivih dokazov, na podlagi katerih je mogoče ugotoviti obstoj povsem umetnega konstrukta z izključno davčnimi nameni, in davčnemu zavezancu omogoča, da brez čezmernih upravnih zahtev predloži dokaze v zvezi s poslovnimi razlogi, na katerih je temeljila zadevna transakcija, in razen če na drugi strani, kadar je obstoj takega konstrukta dokazan, ta zakonodaja te obresti opredeli kot razdeljeni dobiček, samo če presegajo to, kar bi bilo dogovorjeno v okoliščinah svobodne konkurence.**
- 2. Za tako zakonodajo države članice, kot je zakonodaja iz prvega vprašanja, ne velja člen 43 ES, če se uporablja takrat, ko prejme družba rezidentka posojilo od družbe rezidentke druge države članice ali tretje države, ki sama družbe posojilojemalke ne nadzira in obe družbi neposredno ali posredno nadzira skupna povezana družba, ki je rezidentka tretje države.**
- 3. Če ni ureditve Skupnosti, notranji pravni red vsake države članice določi pristojna sodišča in postopkovna pravila za pravna sredstva, ki zagotavljajo**

varovanje pravic, ki jih upravičenim subjektom daje pravo Skupnosti, vključno z opredelitvijo tožb, ki jih pri nacionalnih sodiščih vložijo oškodovanci. Slednja pa so dolžna zagotavljati, da imajo upravičeni subjekti učinkovito pravno sredstvo, ki omogoča, da jim je vrnjen neupravičeno obračunani davek in s tem davkom neposredno povezani zneski, ki so bili tej državi članici plačani ali jih je zadržala. Glede druge škode, ki bi jo utrpela oseba zaradi kršitve prava Skupnosti, za katero je odgovorna država članica, pa je treba ugotoviti, da je ta država članica dolžna povrniti škodo, ki je bila pod pogoji iz točke 51 sodbe z dne 5. marca 1996 v zadevi *Brasserie du Pêcheur in Factortame (C-46/93 in C-48/93)* povzročena posameznikom, kar pa ne izključuje tega, da je na podlagi nacionalnega prava mogoče ugotoviti odgovornost države na podlagi manj omejujočih pogojev.

Kadar se izkaže, da pomeni zakonodaja države članice oviro za svobodo ustanavljanja, ki je prepovedana s členom 43 ES, lahko predložitveno sodišče pri določitvi škode, ki jo je treba povrniti, preveri, ali so oškodovanci ravnali z razumno skrbnostjo, da bi se tej škodi izognili ali da bi zmanjšali njen obseg, in zlasti, ali so pravočasno uporabili vsa pravna sredstva, ki so jih imeli na voljo. Vendar pa lahko predložitveno sodišče zato, da izvajanje pravic, ki jih člen 43 ES podeljuje posameznikom, ne bi postalo nemogoče ali preveč oteženo, določi, ali bi uporaba te zakonodaje, v danem primeru v povezavi z upoštevnimi določbami sporazumov o izogibanju dvojnega obdavčevanja, v vsakem primeru privedla do tega, da tožeče stranke v postopku v glavni stvari pri davčni upravi zadevne države članice s svojimi zahtevki ne bi uspele.

Podpisi