

SODBA SODIŠČA (drugi senat)

z dne 29. marca 2007*

V zadevi C-347/04,

katere predmet je predlog za sprejetje predhodne odločbe na podlagi člena 234 ES, ki ga je vložilo Finanzgericht Köln (Nemčija) z odločbo z dne 15. julija 2004, ki je prispela na Sodišče 13. avgusta 2004, v postopku

Rewe Zentralfinanz eG, univerzalna pravna naslednica ITS Reisen GmbH,

proti

Finanzamt Köln-Mitte,

SODIŠČE (drugi senat),

v sestavi C. W. A. Timmermans, predsednik senata, J. Klučka, sodnik, R. Silva de Lapuerta, sodnica, J. Makarczyk in L. Bay Larsen (poročevalec), sodnika,

* Jezik postopka: nemščina.

po predstavitvi sklepnih predlogov generalnega pravobranilca na obravnavi
31. maja 2006

izreka naslednjo

Sodbo

- 1 Predlog za sprejetje predhodne odločbe se nanaša na razlago členov 52 Pogodbe ES (po spremembi postal člen 43 ES), 58 Pogodbe ES (postal člen 48 ES), od 67 do 73 Pogodbe ES (razveljavljeni z Amsterdamsko pogodbo), od 73B do 73D (postali člani od 56 ES do 58 ES), 73E Pogodbe ES (razveljavljen z Amsterdamsko pogodbo) in od 73F do 73G Pogodbe ES (postala člena 59 ES in 60 ES).
- 2 Ta predlog je bil vložen v okviru spora med družbo Rewe Zentralfinanz eG (v nadaljevanju: Rewe) s sedežem v Nemčiji kot univerzalno pravno naslednico družbe ITS Reisen GmbH (v nadaljevanju: ITS) in Finanzamt Köln-Mitte (v nadaljevanju: Finanzamt) zaradi neupoštevanja izgub, povezanih z delnim odpisom vrednosti deležev

v hčerinskih družbah s sedežem v drugih državah članicah, kot odbitka iz naslova stroškov poslovanja pri določitvi obdavčljivega dobička v davčnih letih 1993 in 1994.

Nacionalna ureditev

- 3 Na podlagi člena 1 zakona o davku od dohodka pravnih oseb iz leta 1991 (Körperschaftsteuergesetz 1991, v nadaljevanju: KStG 1991), ki se uporablja za zadevo v postopku v glavni stvari, so družbe rezidentke zavezane za plačilo davka od dohodka pravnih oseb v Nemčiji na podlagi njihovega svetovnega dobička. Ta zajema dobiček, ki ga realizirajo podružnice ali agencije, prek katerih te družbe rezidentke opravljajo dejavnosti zunaj omenjene države. Po drugi strani pa družba rezidentka ni zavezana za plačilo davka od dobička hčerinskih družb v trenutku, ko so ti realizirani.
- 4 Na podlagi člena 8(1) KStG 1991, upoštevne določbe zakona o dohodnini iz leta 1990 (Einkommensteuergesetz 1990, v nadaljevanju: EStG 1990) in KStG 1991 določajo, kaj se šteje za dohodek, in način, na katerega se ta določi.
- 5 Na podlagi člena 6(1), točka 2, drugi stavek, EStG 1990, delni odpis knjigovodske vrednosti deležev predstavlja stroške poslovanja, ki se odbijejo od dobička. Na podlagi tega istega člena je knjigovodska vrednost deležev enaka znesku, ki bi ga kupec celega podjetja pripisal zadevnemu premoženju v okviru celotne nakupne cene. Pri določanju dobička se amortizacijska osnovna sredstva načeloma vpišejo v bilanco stanja na

podlagi nakupne in proizvodne vrednosti, znižane za izgubo vrednosti zaradi obrabe, davkoplačevalci pa lahko prijavijo nižjo knjigovodsko vrednost (delni odpis vrednosti), kjer je na primer dejanska vrednost sredstev padla pod nakupno ali proizvodno vrednost, znižano za izgubo vrednosti zaradi obrabe .

- 6 Na podlagi člena 2(3) EStG 1990 je čisti dohodek davčnega zavezanca v davčnem letu razlika med prihodki in odhodki. Če se pri določanju dohodka pokažejo izgube, se na podlagi člena 10(d) EstG 1990 odbijejo v prihodnjih letih, ko se določa davčni dohodek v okviru akontacije ali prenosa izgub.

- 7 Ob uporabi določb EStG 1990, kot je bil spremenjen z zakonom o davčni reformi (Steueränderungsgesetz) z dne 25. februarja 1992 (BGBl. 1992, str. 297), je bila davčna izravnava izgub zaradi delnega odpisa vrednosti deležev v kapitalski družbi – v času nastanka dejstev zadeve v postopku v glavni stvari – predmet različne obravnave glede na to, ali je imela kapitalska družba sedež v Nemčiji ali ne.

- 8 Če je šlo za deleže v kapitalski družbi, s sedežem v Nemčiji, je bila na podlagi člena 2(3) EStG 1990 lahko izguba, vključno z izgubami iz naslova delnega odpisa, ki se nanašajo na določeno davčno obdobje, izravnana z vsemi prihodki davčnega zavezanca.

- 9 Na podlagi člena 2a(1) in (2) EStG 1990 z naslovom „Izguba, ki ima zvezo s tujino“ bi lahko bile določene izgube, ki izvirajo iz tujine, za davčne namene upoštevane le omejeno, in sicer:

„(1) Izguba

[...]

2. iz industrijskega ali gospodarskega podjetja v tuji državi,

3. a) ki je posledica upoštevanja nižje knjigovodske vrednosti deležev, ki predstavljajo del poslovnih sredstev, v pravni osebi, ki nima niti posloводства niti sedeža v državi (tuja pravna oseba), [...]

[...]

se lahko izravna le z istovrstnim dobičkom iz iste države [...]; in ne more biti odbita na podlagi člena 10d. Zmanjšanje dohodka je enako izgubi. Če izguba ne bi mogla

biti izravnana na podlagi prvega stavka, se lahko odbije od istovrstnega dobička, ki ga davčni zavezanec ustvari v prihodnjih davčnih obdobjih v isti državi [...]

(2) Člen 1, prvi stavek, točka 2, se ne uporablja, če davčni zavezanec dokaže, da je izguba v industrijskih in gospodarskih podjetjih v tujini, ki se ukvarjajo izključno ali skoraj izključno [...] z opravljanjem gospodarskih storitev, razen gradnje ali upravljanja infrastrukture, namenjene turizmu ali oddajanju premoženja v najem [...]; neposredna udeležba v višini najmanj ene četrtilne nominalnega kapitala v kapitalski družbi, ki se ukvarja izključno ali skoraj izključno z zgoraj omenjenimi dejavnostmi, kot tudi s financiranjem, ki ima zvezo z imetništvom te udeležbe, se šteje za opravljanje gospodarskih storitev, če kapitalska družba nima posloводства niti sedeža v državi. Odstavek 1, prvi stavek, točki 3 in 4 se ne uporablja, če davčni zavezanec dokaže, da je pravna oseba izpolnjevala pogoje iz prvega stavka v času od njene ustanovitve ali v zadnjih petih letih pred davčnim obdobjem, v katerem je nastala izguba in v tem obdobju.

[...]“

¹⁰ Iz člena 2a EStG 1990 izhaja, da je izravnava izgube, ki izhaja iz delnega odpisa, mogoča le, če družba v tujini ustvari dohodek v smislu člena 2a(2) (imenovan „aktivni“ dohodek) ali če ima najmanj 25 % deležev v drugi tuji kapitalski družbi, ki ustvarja aktivni

dohodek v smislu člena 2a(2). Opravljanje dejavnosti, povezanih s turizmom v tujini, takoj izključuje izravnavo izgub.

- 11 Na podlagi člena 8b(2) KStG 1990, kot je bil spremenjen z zakonom o jamstvu kraja sedeža (Standortsicherungsgesetz) z dne 13. septembra 1993 (BGB1. 1993 I, str. 1569), je bil dobiček, ustvarjen z odtujitvijo deležev, prvič oproščen davka v davčnem letu 1994.

- 12 Z zakonom o znižanju davkov (Steuerenkungsgesetz) z dne 23. oktobra 2000 (BGB1. 2000 I, str. 1433) je bil spremenjen člen 8b(3) KStG 1991. Ta spremenjeni člen določa, da se ne upoštevajo znižanja dohodka iz naslova nižje knjigovodske vrednosti deležev, pri čemer ni pomembno, ali gre za deleže v kapitalski družbi s sedežem v Nemčiji ali na ozemlju te države.

Spor o glavni stvari in vprašanje za predhodno odločanje

- 13 S pogodbo, sklenjeno 6. marca 1995, je ITS, družbo iz skupine Kaufhof Holding AG, katere poslovna dejavnost je povezana s turizmom, ta skupina prodala družbi Rewe.

S pripojitveno pogodbo z dne 3. novembra 1995 je družba Rewe postala univerzalna pravna naslednica ITS.

- 14 Leta 1989 je ITS na Nizozemskem ustanovila hčerinsko družbo Kaufhof-Tourism Holdings BV (v nadaljevanju: KTH), ki je bila v njeni stoođstotni lasti. V tej isti državi članici je KTH ustanovila družbo, International Tourism Investment Holdings BV (ITI), ki je bila v njeni stoođstotni lasti. Med drugim je zadnjenavedena družba kupila stoođstotni delež družbe German Tourist Facilities Ltd s sedežem v Združenem kraljestvu in 36-odstotni delež družbe Travelplan SA s sedežem v Španiji.
- 15 V letnih računovodskih izkazih za leti 1993 in 1994 je ITS delno odpisala vrednost deležev v nizozemski hčerinski družbi KTH in izvedla popravek pri vrednosti terjatev, ki so zadevale dve hčerinski družbi njenih družb vnukinj s sedežema Združenem kraljestvu oziroma Španiji. Vsi ti izredni stroški so v davčnih letih 1993 in 1994 znašali več kot 46 milijonov DEM.
- 16 Vendar je Finanzamt Köln-Mitte ob presoji, da člen 2a EStG 1990 izključuje upoštevaje teh stroškov, povezanih z imetništvom deležev KTH, zavrnil te stroške kot stroške poslovanja za davčne namene in jih ni upošteval kot izgubo pri določanju obdavčljivega dobička Rewe za davčni leti 1993 in 1994. Zato je izdal spremenjene odločbe o odmeri davka od dohodka pravnih oseb, za katerega je bila za ti davčni leti zavezana Rewe.

- 17 Rewe je ob presoji, da je bila za davčne namene upravičena upoštevati vse stroške, povezane s družbami, ustanovljenimi na Nizozemskem, Združenem kraljestvu in Španiji, zaradi tega vložila tožbo na Finanzgericht Köln, v kateri je zatrjevala, da uporaba člena 2a EStG 1990 pomeni diskriminacijo, ki je v nasprotju s pravom Skupnosti.
- 18 Po mnenju tega sodišča predpisi, ki so veljali v času nastanka dejstev zadeve v postopku v glavni stvari, določajo, da medtem ko se odpis knjigovodske vrednosti deležev v hčerinski družbi s sedežem v Nemčiji za davčne namene načeloma lahko upošteva brez omejitev kot strošek poslovanja matične družbe v okviru določanja njenega obdavčljivega dobička, pa odpisa vrednosti deležev v hčerinski družbi s sedežem v drugi državi članici ni mogoče upoštevati za davčne namene, razen v omejenih primerih, in sicer kadar se izguba iz naslova tega odpisa izravna z dobičkom iz te druge države članice ali kadar so izpolnjeni pogoji za izjemo iz člena 2a(2) EStG 1990. Zato meni, da je mogoče, da je ta razlika v obravnavanju, ki izhaja iz člena 2a(1), točka 3(a), in (2) EStG 1990, v nasprotju s pravom Skupnosti, in da ne more ugotoviti, da bi bili podani razlogi, ki bi to razliko v obravnavanju utemeljili.
- 19 V teh okoliščinah je Finanzgericht Köln prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo to vprašanje:

„Ali je treba povezane določbe členov 52 [...] in 58 [...], od 67 do 73 ter 73B in nadaljnjih [Pogodbe] razlagati tako, da nasprotujejo ureditvi, kot je ureditev v členu 2a(1), točka 3(a), in (2) EStG [...], ki je predmet obravnave v postopku v glavni stvari, ki izključuje takojšnji davčni odbitek iz gub iz naslova odpisa vrednosti deležev v hčerinskih

družbah v drugih državah Skupnosti, če te hčerinske družbe opravljajo pasivne dejavnosti v smislu nacionalnega predpisa in/ali ko opravljajo aktivne dejavnosti v smislu nacionalnega predpisa, le prek lastnih družb vnukinj, medtem ko je odpis vrednosti deležev v hčerinskih družbah v državi mogoča brez teh omejitev?“

Vprašanje za predhodno odločanje

- ²⁰ Z vprašanjem predložitveno sodišče v bistvu sprašuje, ali v okoliščinah, kot so v postopku v glavni stvari, določbe Pogodbe ES v zvezi s svobodo ustanavljanja in prostim pretokom kapitala nasprotujejo ureditvi države članice, ki omejuje matični družbi s sedežem v tej državi, možnosti davčnega odbitka izgub te družbe iz naslova odpisa vrednosti deležev v hčerinskih družbah s sedežem v drugih državah članicah.

Razlaga določb Pogodbe v zvezi s svobodo ustanavljanja

- ²¹ Uvodoma je treba omeniti, da morajo države članice v skladu z ustaljeno sodno prakso, čeprav je neposredno obdavčenje v njihovi pristojnosti, to pristojnost vendarle 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; z dne 12. septembra 2006 v zadevi *Cadbury Schweppes* in *Cadbury Schweppes Overseas*, C-196/04, ZOdl., str. I-7995, točka 40, in z dne

13. marca 2007 v zadevi *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, C-524/04, ZOdl., str. I-2107, točka 25).

- ²² V skladu z ustaljeno sodno prakso spadajo v področje uporabe *ratione materiae* določb Pogodbe v zvezi s svobodo ustanavljanja nacionalne določbe, ki se uporabljajo v primeru, 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 sodbi z dne 13. aprila 2000 v zadevi *Baars*, C-251/98, Recueil, str. I-2787, točka 22, in z dne 21. novembra 2002 v zadevi *X in Y*, C-436/00, Recueil, str. I-10829, točka 37, ter zgoraj navedeni sodbi *Cadbury Schweppes in Cadbury Schweppes Overseas*, točka 31, in *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, točka 27).
- ²³ To je, kot v postopku v glavni stvari, podano, ko ima družba rezidentka, kot je ITS, stoo odstotni delež v kapitalu družbe, ustanovljene v drugi državi članici. Za Davčnega zavezanca s stoo odstotnim deležem v kapitalu družbe, ki ima sedež v drugi državi članici, se namreč nedvomno uporabljajo določbe Pogodbe o svobodi ustanavljanja (zgoraj navedena sodba *Baars*, točka 21).
- ²⁴ Zato je treba obravnavati, ali člena 52 in 58 Pogodbe nasprotujeta uporabi ureditve, kot je ta v postopku v glavni stvari.

- 25 Svoboda ustanavljanja, ki jo člen 52 ES priznava državljanom Skupnosti in ki zajema pravico začeti in opravljati dejavnost kot samozaposlena oseba, pravico do ustanovitve in vodenja podjetij pod enakimi pogoji, kot jih za svoje državljane določa zakonodaja države članice, v kateri se taka ustanovitev izvede, zajema v skladu s členom 58 ES družbe, ustanovljene v skladu z zakonodajo države članice in ki imajo statutarni sedež, glavno upravo ali glavni kraj poslovanja v Skupnosti, pravico opravljati dejavnost 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, točka 35, zgoraj navedeno sodbo Marks & Spencer, točka 30, in sodbo z dne 23. februarja 2006 v zadevi Keller Holding, C-471/04, ZOdl., str. I-2107, točka 29).
- 26 Čeprav skušajo določbe Pogodbe o svobodi ustanavljanja, glede na besedilo, zagotoviti, da so tuji državljani in družbe v državi članici gostiteljici obravnavani enako kot državljani in družbe iz te države, prav tako nasprotujejo temu, da bi matična država članica ovirala svojega državljana ali družbo, ustanovljeno v skladu z njeno zakonodajo, pri ustanavljanju v drugi državi članici (sodba z dne 16. julija 1998 v zadevi ICI, C-264/96, Recueil, str. I-4695, točka 21, in zgoraj navedena sodba Marks & Spencer, točka 31).
- 27 V skladu z ureditvijo, ki je predmet obravnave v postopku v glavni stvari, se izgube premoženja, v zvezi z odpisom vrednosti deležev v hčerinskih družbah v Nemčiji takoj in brez omejitev upoštevajo pri določanju obdavčljivega dobička matične družbe, katere celotni dohodek je obdavčen v Nemčiji.

- 28 Po drugi strani pa so, kot izhaja iz člena 2a(1) in (2) EStG 1990, istovrstne izgube, ki izvirajo iz udeležbe v hčerinski družbi, ki ima sedež v drugi državi članici, za matično družbo, katere celotni dohodek je obdavčen v Nemčiji, predmet odbitka samo pod določenimi pogoji, ki se nanašajo na prihodke te družbe ali opravljanje tako imenovanih aktivnih dejavnosti njene hčerinske družbe.
- 29 Ni sporno, da se izgube matične družbe s sedežem v Nemčiji, ki izvirajo iz udeležbe v hčerinskih družbah, ustanovljenih v drugih državah članicah, lahko upoštevajo v Nemčiji v primeru, ko te hčerinske družbe pozneje ustvarjajo dobiček. Vendar pa tudi v primeru, ko se ugotovi zadostni dobiček, taka matična družba v nasprotju z matično družbo, ki ima hčerinske družbe, ustanovljene v Nemčiji, ne more imeti koristi od takojšnjega upoštevanja svojih izgub in je zato prikrajšana za likvidno prednost (glej v tem smislu zgoraj navedeno sodbo Marks & Spencer, točka 32).
- 30 Iz tega sledi, da je davčni položaj matične družbe, ki ima sedež v Nemčiji in ima kot Rewe hčerinsko družbo in družbo vnukinjo v drugi državi članici, manj ugoden, kot bi bil, če bi imeli ta hčerinska družba in družba vnukinja sedež v Nemčiji.
- 31 Ta razlika v obravnavanju je lahko z davčnega vidika neugodna za matično družbo, ki je ustanovljena v Nemčiji in ima hčerinsko družbo v drugi državi članici. Če upoštevamo to razliko v obravnavanju, je lahko matična družba odvrnjena od tega, da bi dejavnosti izvajala prek hčerinskih družb ali posrednih hčerinskih družb, ki so ustanovljene v drugi državi članici (glej v tem smislu sodbo z dne 18. septembra 2003 v zadevi Bosal, C-168/01, Recueil, str. I-9409, točka 27).

- 32 Vendar pa nemška vlada uveljavlja stališče, da taka razlika v obravnavanju ni omejitev svobode ustanavljanja, ker položaj hčerinske družbe s sedežem v Nemčiji ni primerljiv s položajem hčerinske družbe, s sedežem v drugi državi članici. Po mnenju te vlade so hčerinske družbe glede na svojo matično družbo samostojne pravne osebe, ki so davčne zavezanke v državi, v kateri imajo sedež. Mogoče bi bilo, da bi hčerinska družba KTH uveljavljala izgube v okviru napovedi njenega obdavčljivega dobička na Nizozemskem. Ta ista vlada meni, da Zvezni Republiki Nemčiji kot državi, v kateri ima sedež matična družba, samostojnim tujim hčerinskim družbam ni treba priznati pravnega statusa, ki bi bil primerljiv s položajem, ki ga uživajo matične družbe rezidentke.
- 33 V zvezi s tem je treba opozoriti, kot je to v točki 21 sklepnih predlogov storil generalni pravobranilec, da se razlika v davčnem obravnavanju v postopku v glavni stvari ne nanaša na položaj hčerinskih družb v smislu, ali imajo v Nemčiji sedež ali ne, ampak na položaj matičnih družb, ki so rezidentke v Nemčiji, glede na to, ali imajo hčerinske družbe, ustanovljene v drugi državi članici ali ne.
- 34 Glede izgub, ki jih te matične družbe rezidentke uveljavljajo iz naslova odpisa vrednosti deležev v hčerinskih družbah, so te družbe v primerljivem položaju, bodisi da gre za deleže v hčerinskih družbah s sedežem v Nemčiji bodisi za hčerinske družbe s sedežem v drugi državi članici. V teh dveh primerih se namreč izgube, za katere se uveljavlja odbitek in ki jih krijejo matične družbe, ali dobički teh hčerinskih družb, naj izhajajo iz hčerinskih družb, ki so davčne zavezanke v Nemčiji, ali iz tistih, ki so davčne zavezanke v drugih državah članicah, ne obdavčijo matičnim družbam.
- 35 Zato omejitev, da bi matična družba rezidentka uveljavljala odbitek teh izgub, ki zadeva samo izgube iz naslova odpisa vrednosti deležev v tujini, ne odseva objektivne

razlike v položaju matičnih družb glede na to, ali imajo njene hčerinske družbe sedež v Nemčiji ali v drugih državah članicah.

- 36 Iz tega izhaja, da razlika v davčnem obravnavanju, ki izhaja iz ureditve, ki je predmet obravnave v postopku v glavni stvari, in neugoden položaj matičnih družb s sedežem v Nemčiji, ki imajo hčerinsko družbo s sedežem v drugi državi članici, na davčnem področju, ovirata izvajanje svobode ustanavljanja teh družb, s tem da jih odvrata od ustanavljanja, pridobitve ali nadaljnega lastništva hčerinske družbe v drugi državi članici. Zaradi tega pomenita omejitve svobode ustanavljanja v smislu členov 52 in 58 Pogodbe.
- 37 Taka omejitev svobode ustanavljanja je dopustna le, če sledi legitimnemu cilju, ki je združljiv s Pogodbo in ga upravičujejo nujni razlogi v splošnem interesu. Poleg tega mora biti v primeru, da je to podano, taka omejitev primerna, da zagotovi uresničitev zadevnega cilja, in ne sme presežati tega, kar je nujno potrebno za doseg tega cilja (glej zlasti zgoraj navedeni sodbi Marks & Spencer, točka 35 in navedena sodna praksa, ter Cadbury Schweppes in Cadbury Schweppes Overseas, točka 47).
- 38 Po mnenju nemške vlade je za matično družbo rezidentko v Nemčiji v vsakem primeru upravičeno omejevanje možnosti davčnega odbitka izgub, ki jih te družba uveljavlja iz naslova odpisa vrednosti deležev v hčerinskih družbah, ustanovljenih v drugih državah članicah, s tem da je davčno upoštevanje izgub, nastalih v tujini, mogoče le v zvezi

z istovrstnim dobičkom iz iste države. Nemška vlada je v zvezi s tem navajala številne utemeljitve, ki se lahko, kot je v točki 24 sklepnih predlogov poudaril generalni pravobranilec, v bistvenih elementih povzamejo, kot sledi.

39 Prvič, nemška vlada je ob sklicevanju na prej omenjeno sodbo Marks & Spencer, v kateri je Sodišče upoštevalo načelo enakomerne porazdelitve pristojnosti obdavčenja med državami članicam, navajala prvi element utemeljitve, in sicer pravilo simetrije, ki velja za pravico obdavčitve dobička družbe na eni in obveznostjo upoštevanja izgub te družbe na drugi strani. Uveljavljala je, da nemškim davčnim organom v okviru davčnega obravnavanja matične družbe rezidentke v Nemčiji ne bi bilo treba upoštevati izgub, povezanih z dejavnostjo hčerinske družbe, ustanovljene v drugi državi članici, ker nimajo pravice obdavčiti dobička te hčerinske družbe.

40 Te utemeljitve ni mogoče sprejeti.

41 Tako kot je v točki 32 sklepnih predlogov poudaril generalni pravobranilec, je treba natančno določiti pomen, ki ga je treba priznati zakoniti zahtevi enakomerne porazdelitve davčne pristojnosti. Še posebej je treba poudariti, da je Sodišče v zgoraj navedeni sodbi Marks & Spencer tak element utemeljitve sprejelo le v povezavi z dvema drugima elementoma utemeljitve, in sicer tveganjem dvakratnega uveljavljanja izgub in davčno utajo (glej v tem smislu zgoraj navedeno sodbo Marks & Spencer, točki 43 in 51).

- 42 V zvezi s tem je treba priznati, da nedvomno obstajajo ravnanja, ki lahko ogrožajo pravico držav članic do izvajanja davčnih pristojnosti glede dejavnosti, ki se opravljajo na njihovem ozemlju, s čimer bi škodovala enakomerni porazdelitvi pristojnosti obdavčitve med državami članicami (glej zgoraj navedeno sodbo Marks & Spencer, točka 46), kar bi lahko upravičilo omejitev svobode ustanavljanja (glej zgoraj navedeno sodbo Cadbury Schweppes in Cadbury Schweppes Overseas, točki 55 in 56). Sodišče je tako odločilo, da bi možnost izbire, dana družbam, ali bodo upoštevale svoje izgube v državi članici, v kateri imajo sedež, ali v drugi državi članici, lahko občutno ogrozila enakomerno porazdelitev pristojnosti obdavčitve med državami članicami, saj bi se davčna osnova v prvi državi povečala in v drugi zmanjšala v višini prenesenih izgub.
- 43 Vendar pa razlika v davčnem obravnavanju med matičnimi družbami rezidentkami glede na to, ali imajo hčerinske družbe v tujini, ne more biti upravičena zgolj zato, ker so se odločile, da bodo opravljale gospodarske dejavnosti v drugi državi članici, v kateri zadevna država ne more izvrševati davčne pristojnosti. Ta utemeljitev, ki se opira na enakomerno porazdelitev pristojnosti obdavčitve med državami članicami, sama po sebi zato ne more upravičevati, da država članica dosledno zavrača priznavanje davčne ugodnosti matični družbi rezidentki zato, ker je ta razvila mednarodno gospodarsko dejavnost, ki ni takoj ustvarila obdavčljivega dobička v korist te države.
- 44 Poleg tega je treba poudariti, da se lahko izgube matične družbe iz naslova odpisa vrednosti deležev v hčerinskih družbah s sedežem v Nemčiji izravnavajo z njenimi dobički tudi, če njene hčerinske družbe niso ustvarile obdavčljivega dobička v upoštevnem davčnem letu.

- 45 Drugič, nemška vlada je zatrjevala, da je ureditev, ki je predmet obravnave v postopku v glavni stvari potrebna zato, da bi se izognili večkratnim davčnim ugodnostim v obliki dvakratnega uveljavljanja izgub, zaradi katerih bi matične družbe lahko imele koristi.
- 46 Ta utemeljitev v okviru zadeve v postopku v glavni stvari ni upoštevana.
- 47 Čeprav je namreč treba priznati, da morajo države članice imeti možnost preprečiti nevarnost dvakratnega uveljavljanja izgub (glej zgoraj navedeno sodbo Marks & Spencer, točka 47), pa je treba poudariti, da izgube, ki so predmet obravnave v postopku v glavni stvari, niso, kot je v točkah 37 in 38 sklepnih predlogov poudaril generalni pravobranilec, primerljive z izgubami, ki bi jih hčerinske družbe imele v tujini, katerih prenos bi matična družba rezidentka zahtevala zato, da bi zmanjšala obdavčljivi dobiček, kot je bilo v zadevi, v kateri je bila izdana zgoraj navedena sodba Marks & Spencer.
- 48 Matična družba uveljavlja izgube, ki so predmet obravnave v postopku v glavni stvari, z namenom zmanjšanja vrednosti svojih deležev v tujih hčerinskih družbah. Te izgube, povezane z odpisom knjigovodske vrednosti deležev, so upoštevane samo, kar zadeva matično družbo, in so na davčnem področju predmet drugačnega obravnavanja od tistega, ki se uporablja za izgube samih hčerinskih družb. To drugačno upoštevanje izgub samih hčerinskih družb in izgub, ki jih uveljavljajo matične družbe, ne bi moglo v nobenem primeru pomeniti dvakratnega uveljavljanja istih izgub.
- 49 Poleg tega je treba poudariti, kot je to na obravnavi storila zlasti Komisija Evropskih skupnosti, da lahko matična družba s sedežem v Nemčiji, ki ima hčerinske družbe v tej isti državi, od svojega obdavčljivega prihodka odbije zmanjšano vrednost deležev

v hčerinskih družbah rezidentkah, ob tem pa bi te hčerinske družbe lastne izgube še vedno lahko uveljavljale v okviru lastne obdavčitve.

50 Tretjič, nemška vlada meni, da je namen ureditve, ki je predmet obravnave v postopku v glavni stvari, boj proti posebni obliki davčne utaje, in sicer, da matične družbe s sedežem v Nemčiji, predvsem tiste, ki opravljajo dejavnost na področju turizma, prenesejo dejavnosti, za katere je značilno, da ustvarjajo izgube, v druge države članice z ustanavljanjem hčerinskih družb v teh državah članicah z edinim ciljem, da bi zmanjšale svoj obdavčljivi dobiček v Nemčiji. Na obravnavi je ta vlada dodala, da bi bilo treba po njenem mnenju omiliti zadevno sodno prakso Sodišča, saj se ji zdi zahteva po sledenju posebnemu cilju, to je boju proti povsem umetnim konstrukcijam, prestroga. Meni, da je treba državam članicam načeloma dovoliti, da odredijo splošne ukrepe za boj proti davčni utaji in sprejmejo abstraktne in splošne predpise, ki se opirajo na te tipične primere.

51 V zvezi s tem zadostuje opozorilo, da zgolj okoliščina, da v določenem gospodarskem sektorju, kot je turizem, davčni organi države članice ugotovijo primere velikih in trajnih izgub, ki jih utrpijo tuje hčerinske družbe matičnih družb rezidentk te države, ne more zadostovati za dokaz obstoja v celoti umetnih konstrukcij, ki bi bile namenjene ustvarjanju izgub iz naslova odpisa vrednosti deležev v hčerinskih družbah, ustanovljenih v drugih državah članicah (glej v zvezi z zahtevo, povezano s posebnim ciljem boja proti povsem umetnim konstrukcijam, zgoraj navedene sodbe ICI, točka 26; Marks & Spencer, točka 57, in Cadbury Schweppes in Cadbury Schweppes Overseas, točka 51).

- 52 V tem primeru se določba, kot je člen 2a(1), točka 3(a), EStG 1990, ki na splošno ureja upoštevanje zmanjšanja vrednosti deležev, kadar imajo hčerinske družbe, ki jih ima matična družba s sedežem v Nemčiji, iz kakršnega koli razloga sedež v drugih državah članicah, ne da bi prekoračila, kar je potrebno za dosego cilja, ki mu sledi, šteti za upravičena zaradi tveganja davčnih utaj. Ta določba namreč ne sledi posebnemu cilju odvzema davčnih ugodnosti za povsem umetne konstrukcije, katerih cilj bi bil izogniti se nemškemu davčnemu pravu, ampak na splošno urejati vsak položaj, v katerem imajo hčerinske družbe iz katerega koli razloga sedež zunaj Nemčije. Sedež družbe zunaj te države članice pa sam po sebi ne pomeni, da gre za davčno utajo, ker se za zadevno družbo vsekakor uporablja davčna zakonodaja države, v kateri ima sedež.
- 53 Na isti način člen 2a(2) EStG 1990 ob izključevanju tako imenovanih „aktivnih“ dejavnosti, ki so predvsem tiste, ki se nanašajo na gradnjo ali upravljanje infrastrukture, namenjene turizmu, prekorači tisto, kar je potrebno za boj proti konstrukcijam, ki pomenijo zlorabo. Boj proti davčnim utajam ne more upravičevati, da se lahko izgube industrijskega ali gospodarskega podjetja s sedežem v tujini, katerega cilj je opravljanje gospodarskih storitev, praviloma in brez omejitev izravnajo z dobičkom, medtem ko je izravnava z dobički pri podjetjih, ki opravljajo dejavnost na področju turizma, podvržena izpolnjevanju številnih pogojev.
- 54 Četrto, da bi upravičila nacionalno ureditev, ki je predmet obravnave v postopku v glavni stvari, se nemška vlada ravno tako ne more utemeljeno sklicevati na nujnost učinkovitosti davčnega nadzora na transakcijami, ki se odvijajo v tujini.
- 55 Namreč, čeprav učinkovitost davčnega nadzora državi članici dovoljuje uporabo ukrepov, ki omogočajo jasen in natančen pregled zneska odbitnih stroškov v tej državi

iz naslova udeležbe v kapitalu tujih hčerinskih družb (glej v tem smislu sodbi z dne 15. maja 1997 v zadevi Futura Participations in Singer, C-250/95, Recueil, str. I-2471, točka 31, in z dne 28. oktobra 1999 v zadevi Vestergaard, C-55/98, Recueil, str. I-7641, točka 23), pa vendar ne more upravičevati, da bi ta država članica lahko za ta odbitek predpisala različne pogoje, in sicer glede na to, ali se udeležba nanaša na hčerinske družbe s sedežem v tej ali v drugih državah članicah.

⁵⁶ V zvezi s tem je treba opozoriti, da se lahko država članica, da bi od pristojnih organov druge države članice dobila vse primerne informacije, ki bi ji omogočale pravilno ugotovitev davka od dohodka pravnih oseb, sklicuje na Direktivo Sveta 77/799/EGS z dne 19. decembra 1977 o medsebojni pomoči pristojnih organov držav članic na področju neposredne obdavčitve (UL L 336, str. 15)

⁵⁷ Dalje je, glede trditve nemške vlade, da je nadzor nad transakcijami v tujini, tudi v primeru sodelovanja z organi druge države članice, pogostokrat zelo težak, dovolj poudariti, da imajo upoštevni davčni organi možnost od same matične družbe zahtevati dokaze, ki so po njeni presoji potrebni za oceno, ali se zahtevani odbitek izgub iz naslova odpisa vrednosti deležev v hčerinskih družbah s sedežem v drugih državah članicah dopusti ali ne (glej v tem smislu zgoraj navedeno sodbo Vestergaard, točka 26).

⁵⁸ Ta možnost bi morala biti še posebej koristna v primeru, kot je podan v zadevi v postopku v glavni stvari, v kateri gre za matično družbo, ki bi morala imeti možnost vse potrebne dokumente zahtevati neposredno od svojih hčerinskih družb v tujini. Še

več, morebitne težave pri določitvi izgub iz naslova odpisa vrednosti deležev v hčerinskih družbah s sedežem v drugih državah članicah v nobenem primeru ne morejo upravičevati ovire za svobodo ustanavljanja (glej v tem smislu sodbi z dne 4. marca 2004 v zadevi Komisija proti Franciji, C-334/02, Recueil, str. I-2229, točka 29, in z dne 7. septembra 2004 v zadevi Manninen, C-319/02, ZOdl., str. I-7477, točka 54).

- 59 Petič, da bi upravičili davčno neugodnost, ki jo v tem primeru utrpijo matične družbe s sedežem v Nemčiji in z udeležbo v hčerinskih družbah, ustanovljenih v drugih državah članicah, nemška vlada navaja, da je ureditev, ki je predmet obravnave v postopku v glavni stvari, objektivno upravičena zaradi nujnosti varovanja enotnosti davčnega sistema. V bistvu je v okviru te utemeljitve mogoče obravnavati dva argumenta te vlade, in sicer nujnost zagotovitve doslednosti nemškega davčnega sistema in spoštovanje teritorialnega načela.
- 60 Glede nujnosti zagotovitve doslednosti tega davčnega sistema je nemška vlada uveljavljala, prvič, da so na podlagi konvencije o izogibanju dvojnega obdavčevanja, sklenjene s Kraljevino Nizozemsko, ki je država, v kateri ima sedež KTH, hčerinska družba družbe Rewe, dividende, ki so jih izplačale hčerinske družbe s sedežem v tej državi članici, oproščene davka v Nemčiji. Zaradi tega bi bilo dosledno, da družbe s sedežem v Nemčiji zaradi izgub, povezanih z njihovimi hčerinskimi družbami v tujini, ne pridobijo ugodnosti.
- 61 Argumenta nemške vlade o nujnosti ohranjanja doslednosti nacionalnega davčnega sistema pa ni mogoče sprejeti, saj se izgube, ki so predmet obravnave v postopku v glavni stvari, upoštevajo tudi v Nemčiji, če tuja hčerinska družba opravlja tako

imenovano „aktivno“ dejavnost v smislu člena 2a(2) EStG 1990, medtem ko so v takem primeru, ob uporabi konvencij o izogibanju dvojnemu obdavčevanju, dividende, ki jih je izplačala taka hčerinska družba, ravno tako oproščene davka.

- 62 Poleg tega je treba glede nujnosti zagotovitve doslednosti nacionalnega davčnega sistema v zvezi z ureditvijo, ki je predmet obravnave v postopku v glavni stvari, ki bi bila po mnenju nemške vlade zagotovljena z omenjenimi konvencijami, opozoriti, da je v točki 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) Sodišče priznalo, da nujnost zagotovitve doslednosti davčnega sistema lahko upraviči omejitev uresničevanja temeljnih svoboščin, ki jih zagotavlja Pogodba. Vendar je treba za to, da bi bil argument, ki se opira na to utemeljitev, sprejet, dokazati, da obstaja neposredne zveza med zadevno davčno ugodnostjo in izravnavo te ugodnosti z določenim davčnim bremenom (glej v tem smislu zgoraj navedeni sodbi Keller Holding, točka 40, in Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, točka 68).
- 63 Iz analize nacionalne zakonodaje, ki je predmet obravnave v postopku v glavni stvari, pa izhaja, da so matične družbe, katerih celotni dohodek je obdavčen v Nemčiji in so udeležene v hčerinskih družbah s sedežem v tej isti državi, upravičene do takojšnjega odbitka izgub iz naslova delnega odpisa vrednosti deležev v teh hčerinskih družbah in hkrati oproščene davka na dividende. Po drugi strani pa je – čeprav so dividende, ki jih matična družba, katere celotni dohodek je obdavčen v Nemčiji, prejme od hčerinske družbe s sedežem na Nizozemskem, prav tako oproščene davka na podlagi konvencije o dvojnem obdavčevanju – odbitek izgub iz naslova delnega odpisa vrednosti deležev v tej hčerinski družbi predmet omejitev.

64 Ker zato nemška vlada ni dokazala obstoja zveze med takojšnjim odbitkom izgub iz naslova delnega odpisa vrednosti deležev v hčerinskih družbah, ki ga lahko uveljavlja matična družba rezidentka, in davčno oprostitevijo za dividende, ki jih prejme od teh hčerinskih družb, trditve, da bi bilo zaradi nujnosti zagotovitve doslednosti nemškega davčnega sistema upravičeno, da se matičnim družbam rezidentkam v Nemčiji ne priznajo ugodnosti v zvezi z izgubami, povezanimi z njihovimi hčerinskimi družbami, zato ker so dividende, ki jih plačajo njene hčerinske družbe na podlagi konvencij o izogibanju dvojnega obdavčevanja, oproščene davka v Nemčiji, ni mogoče sprejeti.

65 Nemška vlada uveljavlja drugič, da je bila doslednost ureditve, ki je predmet obravnave v postopku v glavni stvari, z davčnega vidika zagotovljena z oprostitevijo dobička, ustvarjenega z odtujitvijo deležev, na podlagi člena 8b(2) KStG 1991, kot je bil spremenjen z zakonom o jamstvu kraja sedeža.

66 Prvič je treba opozoriti na to, kot je to storilo predložitveno sodišče, da je bila ta oprostitvev prvič uporabljena v davčnem letu 1994 in se ne nanaša na prvo davčno leto, na katero se nanaša spor v postopku v glavni stvari.

67 Drugič, treba je ugotoviti, da ima prepoved odbitka izgub, kot so izgube, ki so predmet obravnave v postopku v glavni stvari, v okviru določanja obdavčljivega dohodka matičnih družb rezidentk, ki so udeležene v hčerinskih družbah v tujini, takojšnji učinek. Zato dejstvo, da je mogoče pozneje uveljavljati oprostitvev dobička, ustvarjenega

v primeru odtujitve, pod predpostavko, da je ta zadosten, ne pomeni razloga davčne doslednosti, ki bi upravičevala zavrnitev takojšnjega odbitka izgub matičnih družb, ki imajo deleže v hčerinskih družbah v tujini.

- 68 Nazadnje je treba glede teritorialnega načela, kot ga je v točki 22 zgoraj navedene sodbe Futura Participations in Singer priznalo Sodišče, opozoriti, da to načelo ne more upravičiti uporabe nacionalne ureditve, ki je predmet obravnave v postopku v glavni stvari.
- 69 Nedvomno je v skladu s tem načelom, da država članica, kjer ima matična družba sedež lahko obdavči svetovne dobičke družb rezidentk, pri čemer pa lahko nerezidenčnim hčerinskim družbam obdavči le dobičke, ki so rezultat njihovih dejavnosti na njenem ozemlju (glej v tem smislu zgoraj navedeno sodbo Marks & Spencer, točka 39). Vendar to načelo samo po sebi ne upraviči, da država, kjer ima sedež matična družba, tej lahko zavrne ugodnost, zato ker ne obdavči dobičkov njenih hčerinskih družb nerezidentk (glej v tem smislu zgoraj navedeno sodbo Marks & Spencer, točka 40). Kot je v točki 49 sklepnih predlogov poudaril generalni pravobranilec, to načelo v okviru uporabe prava Skupnosti zagotavlja nujnost upoštevanja omejitev davčnih pristojnosti držav članic. V postopku v glavni stvari ugodnost, ki jo zahteva Rewe, ne vpliva na uveljavljanje konkurenčne davčne pristojnosti. To se nanaša na matične družbe s sedežem v Nemčiji, katerih celotni dohodek je obdavčen v tej državi. Zato ureditve, ki je predmet obravnave v postopku v glavni stvari, ni mogoče šteti za uresničevanje teritorialnega načela.
- 70 Glede na vse navedeno mora biti odgovor predložitvenemu sodišču, da v okoliščinah, kot so podane v zadevi v postopku v glavni stvari, ko ima matična družba delež v hčerinski družbi nerezidentki, ki ji omogoča izvajanje določenega vpliva na odločitve

te tuje hčerinske družbe in na določanje njenih dejavnosti, člena 52 in 58 Pogodbe nasprotujeta ureditvi države članice, ki matični družbi s sedežem v tej državi omejuje možnosti davčnega odbitka izgub te družbe iz naslova odpisa vrednosti deležev v hčerinskih družbah s sedežem v drugih državah članicah.

Razlaga določb Pogodbe v zvezi z prostim pretokom kapitala

- ⁷¹ Ker določbe Pogodbe glede svobode ustanavljanja nasprotujejo nacionalni ureditvi, kot je ta iz postopka v glavni stvari, ni treba obravnavati, ali tej ureditvi nasprotujejo tudi določbe Pogodbe o prostem pretoku kapitala (glej v istem smislu zgoraj navedeno sodbo Keller Holding, točka 51).

Stroški

- ⁷² Ker je ta postopek za stranke 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 (drugi senat) razsodilo:

V okoliščinah, kot so podane v zadevi v postopku v glavni stvari, ko ima matična družba delež v hčerinski družbi nerezidentki, ki ji omogoča izvajanje določene vpliva na odločitve te tuje hčerinske družbe in na določanje njenih dejavnosti, člena 52 Pogodbe ES (po spremembi postal člen 43 ES) in 58 Pogodbe ES (postal člen 48 ES) nasprotujeta ureditvi države članice, ki matični družbi s sedežem v tej državi omejuje možnosti davčnega odbitka izgub te družbe iz naslova odpisa vrednosti deležev v hčerinskih družbah s sedežem v drugih državah članicah.

Podpisi