

Začasna izdaja

SODBA SODIŠČA (veliki senat)

z dne 26. februarja 2019(*)

„Predhodno odločanje – Prosti pretok kapitala – Pretok kapitala med državami članicami in tretjimi državami – Klavzula standstill – Nacionalna zakonodaja države članice, ki se nanaša na posredniške družbe s sedežem v tretjih državah – Sprememba te zakonodaje, po kateri se ponovno uvede prejšnja zakonodaja – Dohodki družbe s sedežem v tretji državi, ki izhajajo iz terjatev družbe s sedežem v državi članici – Vključitev teh dohodkov v davčno osnovo davčnega zavezanca, ki je davčni rezident države članice – Omejitev prostega pretoka kapitala – Upravičenost“

V zadevi C-135/17,

katere predmet je predlog za sprejetje predhodne odločbe na podlagi člena 267 PDEU, ki ga je vložilo Bundesfinanzhof (zvezno finančno sodišče, Nemčija) z odločbo z dne 12. oktobra 2016, ki je prispela na Sodišče 15. marca 2017, v postopku

X GmbH

proti

Finanzamt Stuttgart – Körperschaften,

SODIŠČE (veliki senat),

v sestavi K. Lenaerts, predsednik, J.-C. Bonichot, M. Vilaras, E. Regan, F. Biltgen, predsedniki senatov, K. Jürimäe, predsednica senata, C. Lycourgos, predsednik senata, A. Rosas (poročevalec), E. Juhász, M. Ilešič, J. Malenovský, E. Levits in L. Bay Larsen, sodniki,

generalni pravobranilec: P. Mengozzi,

sodna tajnica: R. Šereš, administratorka,

na podlagi pisnega postopka in obravnave z dne 5. marca 2018,

ob upoštevanju stališč, ki so jih predložili:

- za X GmbH K. Weber in D. Pohl, Rechtsanwälte,
- za nemško vlado T. Henze in R. Kanitz, agenta,
- za francosko vlado D. Colas, E. de Moustier in S. Ghiandoni, agenti,
- za švedsko vlado A. Falk, C. Meyer-Seitz, H. Shev, L. Zettergren in L. Swedenborg, agenti,
- za Evropsko komisijo B.-R. Killmann in N. Gossement, agenta,

po predstavitvi sklepnih predlogov generalnega pravobranilca na obravnavi 5. junija 2018

izreka naslednjo

Sodbo

1 Predlog za sprejetje predhodne odločbe se nanaša na razlago členov 63 in 64 PDEU.

2 Ta predlog je bil vložen v okviru spora med družbo nemškega prava X GmbH in Finanzamt Stuttgart – Körperschaften (urad za javne finance v Stuttgartu – služba za pravne osebe, Nemčija) v zvezi z vključitvijo dohodkov, ki jih je ustvarila družba švicarskega prava Y, v kateri ima družba X 30-odstotni delež, v davčno osnovo zadnjenavedene družbe.

Pravni okvir

3 Četrty del Gesetz über die Besteuerung bei Auslandsbeziehungen (zakon o obdavčenju pri odnosih s tujino) z dne 8. septembra 1972 (BGBl. 1972 I, str. 1713), v različici, ki se uporablja za dejansko stanje v postopku v glavni stvari (v nadaljevanju: AStG 2006), naslovljen „Delež v tujih posredniških družbah“, vsebuje člene od 7 do 14 tega zakona.

4 V skladu s členom 7(1) AStG 2006 je „tuja družba“ opredeljena kot „pravna oseba, združenje oseb ali premoženjska masa v smislu Körperschaftsteuergesetz [(zakon o davku od dohodka pravnih oseb)], ki nima niti uprave niti sedeža v Nemčiji in ki ni izvzeta iz obdavčenja z davkom od dohodka pravnih oseb v skladu s členom 3(1) [tega zakona]“. Člen 7(1) določa, da če imajo osebe, ki so neomejeni zavezanec za plačilo davka, v lasti delež, ki presega polovico kapitala take družbe, se dohodki, za katere je ta družba posredniška družba v smislu člena 8 AStG 2006, obdavčijo pri vsaki od teh oseb sorazmerno z deležem, ki jim pripada v nominalnem kapitalu navedene družbe.

5 Člen 7(6) AStG 2006 določa:

„Če je tuja družba posredniška družba za posredne dohodke, ki imajo značaj kapitalskih naložb v smislu odstavka 6a in če ima neomejeni zavezanec za plačilo davka v tej družbi vsaj 1-odstoten delež, se ti posredni dohodki obdavčijo pri tej osebi tako, kot je opredeljeno v odstavku 1, tudi če drugi pogoji iz tega odstavka niso izpolnjeni. [...]“

6 Člen 7(6a) AStG 2006 določa:

„Posredni dohodki, ki imajo značaj kapitalskih naložb, so dohodki tuje posredniške družbe, [...] ki izhajajo iz lastništva, upravljanja, ohranjanja ali povečanja vrednosti plačilnih sredstev, dolgov, vrednostnih papirjev, deležev (z izjemo dohodkov iz člena 8(1), točki 8 in 9) ali podobnega premoženja, razen če davni zavezanec dokaže, da izhajajo iz dejavnosti, ki je namenjena opravljanju ene od lastnih dejavnosti tuje družbe iz člena 8(1), točke od 1 do 6 [...]“

7 V skladu s § 8(1) AStG 2006 se družba s sedežem v tretji državi šteje za „posredniško družbo“ za nizko obdavčene dohodke, ki ne izvirajo iz gospodarskih dejavnosti iz točk od 1 do 10 tega odstavka. V skladu z zadnjenavedenimi točkami so iz pojma „posredniška družba“ izključene družbe z dohodki, ki – brez poseganja v več izjem in podrobnih navedb – izhajajo iz dejavnosti kmetijstva in gozdarstva, izdelave, obdelave, predelave ali montaže predmetov, pridobivanja energije, raziskovanja in pridobivanja mineralov, poslovanja kreditnih institucij ali zavarovalnic, trgovine, opravljanja storitev, lizinga in dajanja v najem, zbiranja ali dajanja na voljo kapitala s posojili, pri čemer davčni zavezanec dokaže, da je bil ta kapital zbran izključno na tujih kapitalskih trgih, in ne pri osebi, ki je povezana z davčnim zavezancem ali s tujo družbo, iz razdelitev dobička kapitalskih družb, odsvojitve deleža v drugi družbi in iz njenega prenehanja ali zmanjšanja njenega kapitala ter iz preoblikovanja družb.

8 Za opredelitev posredniške družbe s sedežem v tretji državi je v § 8(3) AStG 2006 navedeno, da je obdavčitev dobička „nizka“, če je nižja od 25 %.

Spor o glavni stvari in vprašanja za predhodno odločanje

9 Iz predložitvene odločbe je razvidno, da je družba X, družba z omejeno odgovornostjo nemškega prava, v obdobju, na katerega se nanaša spor o glavni stvari, imela 30-odstotni delež v družbi Y, kapitalski družbi s sedežem in upravo v Švici. Družba Y je junija 2005 z družbo Z GmbH, družbo za upravljanje športnih pravic s sedežem v Nemčiji, sklenila „pogodbo o odkupu in prenosu terjatev“.

10 Terjatve, ki so bile tako prenesene na družbo Y, so temeljile na pogodbah, na podlagi katerih je družba Z športnim klubom nakazovala nepovratna sredstva, s čimer jim je zagotavljala likvidna sredstva, v zameno pa je bila „udeležena pri dobičku“, katerega najnižji znesek je ustrezal znesku, ki ga je družba Z nakazala iz naslova nepovratnih sredstev, pri čemer je bil ta znesek lahko vseeno večji, odvisno zlasti od športnih uspehov zadevnega kluba in od prihodkov iz, natančneje, pravic oddajanja.

11 Družba Y je kot nakupno ceno za prenos zadevnih terjatev družbi Z plačala 11.940.461 EUR, pri čemer je ta celotni znesek plačala z zunanjim financiranjem. Družba X je novembra 2005 družbi Y odobrila posojilo v višini 2,8 milijona EUR.

12 Urad za javne finance v Stuttgartu – služba za pravne osebe je v odločbi z dne 1. januarja 2007 ugotovil, da je družba X prejela dohodke iz pasivne dejavnosti družbe s sedežem v tretji državi. Ker je bilo treba družbo Y po mnenju tega urada opredeliti kot posredniško družbo za „posredne dohodke, ki imajo značaj kapitalskih naložb“ v smislu § 7(6) in (6a) AStG 2006, je bil del dohodkov, ki jih je družba Y ustvarila s terjatvami, ki jih je kupila od družbe Z, vključen v davčno osnovo družbe X, katere ugotovljeni dobiček za leto 2006 je znašal 546.651 EUR, od tega pa je bilo mogoče odšteti izgubo v višini 95.223 EUR, ki je bila ugotovljena za prejšnje leto.

13 Družba X je zoper to odločbo pri Finanzgericht Baden-Württemberg (finančno sodišče v Baden-Württembergu, Nemčija) vložila tožbo, ki je bila zavrnjena.

14 Po tej zavrnitvi se je družba X obrnila na Bundesfinanzhof (zvezno finančno sodišče, Nemčija). Po mnenju zadnjenavedenega sodišča ni sporno, da je bila družba Y za družbo X „posredniška družba“ in da so bili dohodki, ki jih je družba Y ustvarila po sklenitvi pogodbe o prenosu terjatev, „posredni dohodki, ki imajo značaj kapitalskih naložb“ v smislu § 7(6) in § 8(1) AStG 2006. Ker je imela družba X več kot 1-odstotni delež v kapitalu te družbe s sedežem v tretji državi, naj bi bili v skladu s temi določbami navedeni dohodki, ki jih je prejela družba Y, pravilno vključeni v davčno osnovo družbe X sorazmerno z njenim deležem v družbi Y.

Zato naj pritožba družbe X zoper odločbo z dne 1. januarja 2007 glede na nemško pravo ne bi bila utemeljena.

15 Predložitveno sodišče kljub temu ugotavlja, da se navedene določbe uporabljajo samo za deleže, ki jih imajo nemški davčni zavezanci v družbah s sedežem v tretjih državah. V teh okoliščinah se sprašuje, ali je z zadevnimi določbami morda kršen člen 63(1) PDEU, ki med drugim določa, da so vse omejitve pretoka kapitala med državami članicami in tretjimi državami prepovedane.

16 Pred obravnavo vprašanja o združljivosti nacionalne zakonodaje s členom 63 PDEU pa to sodišče opozarja, da v skladu s tako imenovano klavzulo *standstill* iz člena 64(1) PDEU prepoved iz člena 63 PDEU ne posega v „uporabo tistih omejitev za tretje države, ki veljajo po notranjem pravu ali pravu Unije na dan 31. decembra 1993 in so bile sprejete glede pretoka kapitala v tretje države ali iz njih“, če se ta pretok nanaša na neposredne naložbe. Predložitveno sodišče, ki izhaja iz predpostavke, da se položaj iz postopka v glavni stvari nanaša na neposredno naložbo v tretji državi, v obravnavanem primeru v Švici, meni, da je treba predhodno nujno ugotoviti, ali bi bilo treba šteti, da nacionalna pravila o posrednih družbah s sedežem v tretjih državah, ki so veljala v spornem davčnem letu, pomenijo „omejitev [...] na dan 31. decembra 1993“, ker so bila ta pravila po tem datumu nekoliko spremenjena.

17 V zvezi s tem Bundesfinanzhof (zvezno finančno sodišče) pojasnjuje, da so bila ta pravila, kakršna so bila na dan 31. decembra 1993, spremenjena z Gesetz zur Senkung der Steuersätze und zur Reform der Unternehmensbesteuerung (zakon o znižanju davčnih stopenj in reformi obdavčitve dohodkov pravnih oseb) z dne 23. oktobra 2000 (BGBl. 2000 I, str. 1433, v nadaljevanju: StSenkG 2000), ki je začel veljati 1. januarja 2001. To sodišče navaja, da so bila s StSenkG 2000 „temeljito spremenjena“ pravila, ki so veljala na dan 31. decembra 1993, vendar opozarja, da so bile tako vnesene spremembe kmalu za tem razveljavljene z Gesetz zur Fortentwicklung des Unternehmenssteuerrechts (zakon o razvoju obdavčitve dohodkov pravnih oseb) z dne 20. decembra 2001 (BGBl. 2001 I, str. 3858, v nadaljevanju: UntStFG 2001), ki je v zvezi s tem začel veljati 25. decembra 2001 in ki glede davčne ureditve posrednih družb s sedežem v tretji državi vsebuje omejitev pretoka kapitala, ki se nanaša na neposredne naložbe in ki je v bistvu enaka tisti, ki izhaja iz pravil, ki so veljala na dan 31. decembra 1993. Ker so spremembe, ki so bile uvedene s StSenkG 2000, v skladu z njegovimi upoštevnimi določbami do vključitve „posrednih dohodkov, ki imajo značaj kapitalskih naložb“ v davčno osnovo davčnega zavezanca rezidenta lahko pripeljale šele od leta 2002, naj bi do njihove razveljavitve prišlo, še preden bi navedene spremembe davčni upravi lahko omogoile, da izvede tako vključitev.

18 V teh okoliščinah Bundesfinanzhof (zvezno finančno sodišče) prosi za razlago klavzule *standstill* iz člena 64(1) PDEU z dveh vidikov.

19 Na prvem mestu se v bistvu sprašuje, ali odstopanje iz člena 64(1) PDEU omogoča uporabo omejitve pretoka kapitala med državo članico in tretjo državo, ki se nanaša na neposredne naložbe, čeprav je bilo stvarno področje uporabe zadevne zakonodaje po 31. decembru 1993 razširjeno, da bi zajelo tudi druge naložbe, zlasti tako imenovane „portfeljske“ naložbe. V zvezi s tem predložitveno sodišče navaja okoliščino, da je bil s členom 7(6) AStG 2006 v razlici, ki izhaja iz UntStFG 2001, med drugim znižan obseg deleža v posredni družbi s sedežem v tretji državi, ki se zahteva za tako vključitev, in sicer z 10 % na 1 % kapitala te družbe. Ker pa naj se ta sprememba na celoma ne bi nanašala na neposredne naložbe, kakršna je ta v postopku v glavni stvari, naj bi se klavzula *standstill* v okoliščinah iz postopka v glavni stvari lahko vseeno uporabljala.

20 Drugo vprašanje predložitvenega sodišča v zvezi s členom 64(1) PDEU se nanaša na časovno razsežnost pomembnih sprememb, ki so bile s StSenkG 2000 dodane pravilom o

„posrednih dohodkih, ki imajo značaj kapitalskih naložb“. Te spremembe naj bi začele veljati, vendar naj bi do vključitve posrednih dohodkov v davčno osnovo davčnega zavezanca rezidenta lahko pripeljale šele po datumu razveljavitve navedenih sprememb z *UntStFG* 2001. Sprememba pravnega položaja, ki je veljal na dan 31. decembra 1993, pa naj bi, čeprav začasno, postala sestavni del nacionalnega pravnega reda in s tem naj bi lahko prekinila veljavnost omejevalnih pravil, ki so obstajala na ta datum. V zvezi s tem se predložitveno sodišče sprašuje, ali lahko jamstvo v zvezi z ohranitvijo nacionalne omejitve prostega pretoka kapitala, ki je veljala na dan 31. decembra 1993, postane neveljavno izključno zaradi formalnega normativnega uinka spremenjene zakonodaje, ali pa se je morala ta zakonodaja tudi dejansko izvajati v praksi.

21 Če nacionalna zakonodaja zaradi enega od teh dveh vidikov ne spada na področje uporabe klavzule *standstill* iz člena 64(1) PDEU in če se mora zato presojeti ob upoštevanju prava Unije, ki se nanaša na prosti pretok kapitala, se predložitveno sodišče sprašuje, ali taka zakonodaja pomeni omejitev, ki je prepovedana s členom 63(1) PDEU, in če je odgovor pritrdilen, ali je tako omejitev mogoče upravičiti z nujnimi razlogi v splošnem interesu. V zvezi s tem opozarja, da je Sodišče preuči vprašanje v zvezi z obdavčitvijo dohodkov posredniških družb v zadevi, v kateri je bila izdana sodba z dne 12. septembra 2006, *Cadbury Schweppes in Cadbury Schweppes Overseas* (C-196/04, EU:C:2006:544), vendar da je ta zadeva spadala v okvir svobode ustanavljanja, ki velja za odnose med državami članicami, in ne v okvir prostega pretoka kapitala, ki velja tudi za odnose med državami članicami in tretjimi državami.

22 Predložitveno sodišče meni, da če bi bilo treba načeti, ki so bila določena v zadnjih navedeni sodbi na področju svobode ustanavljanja, v celoti prenesti na pretok kapitala med državami članicami in tretjimi državami, bi bil z zadevno nemško zakonodajo kršen člen 63(1) PDEU. V skladu s to zakonodajo naj do vključitve „posrednih dohodkov, ki imajo značaj kapitalskih naložb“ v davčno osnovo delničarja, ki je rezident v Nemčiji, namreč ne bi prišlo samo v primeru povsem umetnih konstruktov, katerih cilj je izogibanje nacionalnim davčnim določbam v smislu sodbe z dne 12. septembra 2006, *Cadbury Schweppes in Cadbury Schweppes Overseas* (C-196/04, EU:C:2006:544). Nasprotno, zadevna nacionalna zakonodaja naj bi se uporabljala neodvisno od gospodarske funkcije posredniške družbe in zadevnemu delničarju naj ne bi bila dana možnost, da davčnim organom dokaže gospodarsko podlago njegovega delovanja v tretji državi.

23 Zato se predložitveno sodišče sprašuje, ali se razlogi, ki lahko upravičijo omejitev svobode ustanavljanja in ki so bili navedeni v sodbi z dne 12. septembra 2006, *Cadbury Schweppes in Cadbury Schweppes Overseas* (C-196/04, EU:C:2006:544), uporabljajo pri odnosih s tretjimi državami in glede na primer, katere kakovostne in količinske zahteve veljajo v tem okviru za delež v družbi s sedežem v tretji državi, da se ta ne šteje za „povsem umetnega“.

24 V teh okoliščinah je Bundesfinanzhof (zvezno finančno sodišče) prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ta vprašanja:

„1. Ali je treba člen 57(1) ES (zdaj člen 64(1) PDEU) razlagati tako, da se člen 56 ES (zdaj člen 63 PDEU) ne uporablja za omejitve pretoka kapitala v tretje države ali iz njih, nanašajo pa se na neposredne naložbe, ki so v državi članici obstajale na dan 31. decembra 1993, če se je na ta dan veljavno notranje pravo, ki omejuje pretok kapitala v tretje države ali iz njih, v bistvu uporabljalo samo za neposredne naložbe, po tem datumu pa se je razširilo tudi na portfeljske naložbe v tujih družbah, ki ne presegajo 10-odstotnega praga udeležbe?

2. Če je odgovor na prvo vprašanje pritrdilen: ali je treba člen 57(1) ES razlagati tako, da se za uporabo nacionalne določbe – o omejitvi pretoka kapitala v tretje države ali iz njih, ki se nanaša na neposredne naložbe – ki je veljala na dan 31. decembra 1993, šteje uporaba poznejšega predpisa, ki je vsebinsko enak omejitvi, ki je veljala na ta datum, če se je omejitev, ki je veljala na

ta dan, po tem datumu začasno bistveno spremenila na podlagi zakona, ki je sicer zaenkrat veljati, vendar se v praksi ni nikoli uporabljal, ker ga je pred njegovo prvo uporabo nadomestil sedaj veljavni pravni predpis?

3. Če je odgovor na eno od prvih dveh vprašanj nikalen: ali člen 56 ES nasprotuje predpisu države članice, po katerem se v davčno osnovo davčnega zavezanca, ki ima sedež v tej državi članici in ki ima vsaj 1% odstotni delež v družbi s sedežem v drugi državi (v tem primeru v Švici), prištejejo prihodki, ki imajo značaj kapitalskih naložb, v katerih je udeležena ta družba, v višini vsakokratnega deleža, če se za te dohodke uporablja nižja stopnja obdavčitve kot v prvi državi?“

Vprašanja za predhodno odločanje

Prvo vprašanje

25 Predložitveno sodišče želi s prvim vprašanjem v bistvu izvedeti, ali je treba klavzulo *standstill* iz člena 64(1) PDEU razlagati tako, da člen 63(1) PDEU ne posega v uporabo omejitve pretoka kapitala v tretje države ali iz njih glede neposrednih naložb, ki je v okviru zakonodaje države članice v bistvu veljala na dan 31. decembra 1993, čeprav je bilo področje uporabe te omejitve po tem datumu razširjeno na deleže, ki se ne nanašajo na neposredno naložbo.

26 Člen 63(1) PDEU na splošno prepoveduje omejitve pretoka kapitala med državami članicami in tretjimi državami. Pretok kapitala iz te določbe pomenijo zlasti neposredne naložbe v obliki udeležbe v podjetju z lastništvom delnic, ki omogoča učinkovito sodelovanje pri upravljanju in njegovem nadzoru (tako imenovane „neposredne“ naložbe) in pridobitev vrednostnih papirjev na trgu kapitala, opravljena izključno za uresnitev finančne naložbe brez namena vplivati na upravljanje in nadzor podjetja (tako imenovane „portfeljske“ naložbe) (glej v tem smislu sodbo z dne 28. septembra 2006, Komisija/Nizozemska, C-282/04 in C-283/04, EU:C:2006:608, točki 18 in 19, ter mnenje 2/15 (Sporazum o prosti trgovini s Singapurjem) z dne 16. maja 2017, EU:C:2017:376, točki 80 in 227).

27 Toda država članica lahko v skladu s členom 64(1) PDEU v odnosih s tretjimi državami uporablja omejitve pretoka kapitala, ki spadajo na stvarno področje uporabe te določbe, tudi če so v nasprotju z načelom prostega pretoka kapitala iz člena 63(1) PDEU, če so te omejitve že veljale na dan 31. decembra 1993 (glej v tem smislu sodbe z dne 12. decembra 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-446/04, EU:C:2006:774, točka 187; z dne 24. maja 2007, *Holböck*, C-157/05, EU:C:2007:297, točka 39, in z dne 24. novembra 2016, *SECIL*, C-464/14, EU:C:2016:896, točka 86).

28 Ker klavzula *standstill* iz člena 64(1) PDEU določa, da „[d]oločbe člena 63 PDEU ne posegajo v uporabo tistih omejitev za tretje države, ki veljajo po notranjem pravu ali pravu Unije na dan 31. decembra 1993 in so bile sprejete glede pretoka kapitala v tretje države ali iz njih, ki se nanašajo na neposredne naložbe [...]“, je iz njenega besedila razvidno, da omejitve pretoka kapitala v tretje države ali iz njih glede neposrednih naložb spadajo na stvarno področje uporabe te klavzule. Portfeljske naložbe pa niso navedene med pretoki kapitala, ki jih ta zajema.

29 V zvezi s tem je iz predložitvene odločbe razvidno, prvič, da je družba X v davčnem letu, ki se obravnava v postopku v glavni stvari, imela 30% odstotni delež v družbi Y, ki ga predložitveno sodišče opredeljuje kot neposredno naložbo, in drugič, da je bilo področje uporabe nacionalne zakonodaje iz postopka v glavni stvari po 31. decembru 1993 razširjeno, tako da ta zakonodaja ne zajema samo deležev, ki presegajo 10 % kapitala družbe s sedežem v tretji državi, temveč tudi deleže, ki so nižji od 10 % kapitala teh družb in ki jih navedeno sodišče opredeljuje kot portfeljske naložbe.

30 Za to, da se klavzula *standstill* iz člena 64(1) PDEU uporablja, pa ni nujno, da se nacionalna zakonodaja, ki omejuje pretok kapitala v tretje države in iz njih, nanaša izključno na pretok kapitala, ki je naveden v tej določbi.

31 V zvezi s tem je Sodišče že razsodilo, da dejstvo, da se nacionalna zakonodaja lahko uporablja ne le za pretok kapitala, ki je naveden v členu 64(1) PDEU, temveč tudi v drugih položajih, ne ovira uporabe klavzule *standstill* v okoliščinah, na katere se ta nanaša. Stvarno področje uporabe te klavzule namreč ni odvisno od posameznega predmeta nacionalne omejitve, temveč od njenega učinka na pretok kapitala, ki je naveden v členu 64(1) PDEU (glej v tem smislu sodbo z dne 15. februarja 2017, X, C-317/15, EU:C:2017:119, točki 21 in 22).

32 Člen 63(1) PDEU tako ne posega v uporabo omejitve, ki je v okviru nacionalnega prava veljala na dan 31. decembra 1993 in ki se nanaša na pretok kapitala, ki je naveden v členu 64(1) PDEU, kot na primer neposredne naložbe v tretje države ali iz njih, kljub morebitni razširitvi področja uporabe zakonodaje, iz katere izhaja navedena omejitev, na druge vrste pretoka kapitala, kot so portfeljske naložbe, po tem datumu.

33 V teh okoliščinah, kot je v bistvu navedel generalni pravobranilec v točkah 58 in 59 sklepnih predlogov, je sprememba, ki je bila uvedena z UntStFG 2001, s katerim je bilo določeno znižanje praga udeležbe z 10 % na 1 % kapitala v zadevnih družbah, lahko sicer res pripeljala do vključitve naložb, ki niso neposredne naložbe, na področje uporabe nacionalne zakonodaje iz postopka v glavni stvari, vendar ta sprememba ne more vplivati na možnost zadevne države članice, da za tretje države še naprej uporablja omejitve, ki so v okviru nacionalnega prava veljale na dan 31. decembra 1993, če se te omejitve nanašajo na pretok kapitala, ki je naveden v členu 64(1) PDEU.

34 Ob upoštevanju navedenih preudarkov je treba na prvo vprašanje odgovoriti, da je treba klavzulo *standstill* iz člena 64(1) PDEU razlagati tako, da člen 63(1) PDEU ne posega v uporabo omejitve pretoka kapitala v tretje države ali iz njih glede neposrednih naložb, ki je v okviru zakonodaje države članice v bistvu veljala na dan 31. decembra 1993, čeprav je bilo področje uporabe te omejitve po tem datumu razširjeno na deleže, ki se ne nanašajo na neposredno naložbo.

Drugo vprašanje

35 Predložitveno sodišče želi z drugim vprašanjem, ki je bilo postavljeno za primer pritrdilnega odgovora na prvo vprašanje, v bistvu izvedeti, ali je treba klavzulo *standstill* iz člena 64(1) PDEU razlagati tako, da se prepoved iz člena 63(1) PDEU uporablja za omejitve pretoka kapitala v tretje države ali iz njih, ki se nanaša na neposredne naložbe, če je bila nacionalna davčna zakonodaja, iz katere izhaja ta omejitev, po 31. decembru 1993 bistveno spremenjena zaradi sprejetja zakona, ki je sicer začenjati veljati, vendar je bil, še preden se je začel uporabljati v praksi, nadomeščen z zakonodajo, ki je vsebinsko enaka tisti, ki je veljala na dan 31. decembra 1993.

36 Tako je iz točke 27 te sodbe v bistvu razvidno, da klavzula *standstill* iz člena 64(1) PDEU ob odstopanju od načela prostega pretoka kapitala iz Pogodbe DEU omogoča uporabo omejitev za nekatere kategorije pretoka kapitala, če gre pri teh omejitvah za „omejit[ve] [...], ki veljajo [...] na dan 31. decembra 1993“.

37 V zvezi s pojmom „omejit[ve] [...], ki veljajo [...] na dan 31. decembra 1993“ iz člena 64(1) PDEU je treba opozoriti, da vsaka nacionalna določba, ki je bila sprejeta po tem datumu, zgolj zaradi tega ni samodejno izključena iz sistema odstopanja iz te določbe. Sodišče je namreč priznalo, da je s temi „veljavnimi“ omejitvami mogoče enačiti omejitve iz določb, ki so bile sprejete po navedenem datumu in ki so vsebinsko enake prejšnji zakonodaji ali ki zgolj zmanjšujejo ali

odpravljajo oviro za uveljavljanje pravic in svoboščin glede pretoka iz te zakonodaje (glej v tem smislu sodbe z dne 12. decembra 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-446/04, EU:C:2006:774, točki 189 in 192; z dne 24. maja 2007, *Holböck*, C-157/05, EU:C:2007:297, točka 41, in z dne 18. decembra 2007, *A*, C-101/05, EU:C:2007:804, točka 49).

38 Čeprav klavzula *standstill* iz člena 64(1) PDEU državam članicam tako omogoča, da brez časovne omejitve še naprej uporabljajo omejitve, ki spadajo na stvarno področje uporabe te klavzule, vsebina teh omejitev ostane enaka, pa je treba poudariti, da v skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišča pojem „omejitve, ki veljajo na dan 31. decembra 1993“ kljub temu zahteva, da je bil pravni okvir, v katerega spada zadevna omejitev, od tega dne neprekinjeno del pravnega reda zadevne države članice (sodbe z dne 18. decembra 2007, *A*, C-101/05, EU:C:2007:804, točka 48; z dne 5. maja 2011, *Prunus in Polonium*, C-384/09, EU:C:2011:276, točka 34, ter z dne 24. novembra 2016, *SECIL*, C-464/14, EU:C:2016:896, točka 81).

39 Tako je Sodišče razsodilo, da se sistem odstopanja, ki je bil uveden s klavzulo *standstill* iz člena 64(1) PDEU, ne sme uporabljati za določbe, ki jih je sprejela država članica in ki so sicer v bistvu enake kot zakonodaja, ki je veljala na dan 31. decembra 1993, vendar je bila z njimi uvedena ovira za prost pretok kapitala, ki po razveljavitvi prejšnje zakonodaje ali po sprejetju določb o spremembi logike, na kateri je temeljila ta zakonodaja, ne velja več (glej v tem smislu sodbe z dne 12. decembra 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-446/04, EU:C:2006:774, točka 192; z dne 18. decembra 2007, *A*, C-101/05, EU:C:2007:804, točka 49, in z dne 24. novembra 2016, *SECIL*, C-464/14, EU:C:2016:896, točki 87 in 88).

40 Šteti je namreč treba, da se zadevna država članica, če opravi tako razveljavitev ali spremembo, s tem odpove možnosti, ki jo je imela na podlagi člena 64(1) PDEU, da bi v odnosih s tretjimi državami še naprej uporabljala nekatere omejitve pretoka kapitala, ki so veljale na dan 31. decembra 1993 (glej v tem smislu sodbo z dne 24. novembra 2016, *SECIL*, C-464/14, EU:C:2016:896, točke od 86 do 88).

41 Za uporabo člena 64(1) PDEU se tako ne zahteva le ohranitev bistvene vsebine zadevne omejitve, temveč tudi njena časovna kontinuiteta. Če se namreč ne bi zahtevalo, da morajo biti omejitve, ki so dovoljene v okviru klavzule *standstill* iz te določbe, neprekinjeno del pravnega reda zadevne države članice od 31. decembra 1993, bi država članica lahko kadar koli ponovno uvedla omejitve pretoka kapitala v tretje države in iz njih, ki so v nacionalnem pravu veljale na ta dan, niso pa bile ohranjene (glej v tem smislu sodbe z dne 18. decembra 2007, *A*, C-101/05, EU:C:2007:804, točka 48; z dne 5. maja 2011, *Prunus in Polonium*, C-384/09, EU:C:2011:276, točka 34, ter z dne 24. novembra 2016, *SECIL*, C-464/14, EU:C:2016:896, točka 81).

42 Poleg tega je treba klavzulo *standstill* iz člena 64(1) PDEU, ki pomeni odstopanje od temeljnega načela prostega pretoka kapitala, razlagati ozko. Ozko je treba razlagati tudi pogoje, ki jih mora nacionalna zakonodaja izpolnjevati, da bi se štela za „veljavno“ na dan 31. decembra 1993, ne glede na spremembo nacionalnega pravnega okvira po tem datumu (glej v tem smislu sodbo z dne 20. septembra 2018, *EV*, C-685/16, EU:C:2018:743, točki 80 in 81).

43 V obravnavani zadevi ni sporno, da je bila zakonodaja iz postopka v glavni stvari, ki je veljala na dan 31. decembra 1993, spremenjena po tem datumu. Vendar, kot je bilo navedeno zlasti v točkah 17 in 20 te sodbe, predložitveno sodišče navaja, da so bile spremembe, ki so bile s *StSenkG* 2000 dodane v pravni okvir, ki je veljal na navedeni datum, nekaj časa po njihovem sprejetju razveljavljene z naslednjim začetkom veljavnosti *UntStFG* 2001.

44 Ugotoviti je treba, da iz predložitvene odločbe sicer ne izhaja, da so bile s *StSenkG* 2000 določbe, iz katerih izhaja omejitev, ki je veljala na dan 31. decembra 1993 in na katero se sklicuje predložitveno sodišče, razveljavljene, vendar to sodišče očitno meni, da je bila s spremembami

prejšnje zakonodaje, ki so bile uvedene s tem zakonom, spremenjena vsaj logika, na kateri je temeljila ta zakonodaja. Predložitveno sodišče v zvezi s tem namreč navaja, da je nemški zakonodajalec s sprejetjem StSenkG 2000 bistveno spremenil sistem obdavčitve družb in njihovih delničarjev, vključno z zakonodajo, ki se nanaša na posredne družbe s sedežem v tretji državi in ki je bila zasnovana glede na ta splošni sistem, ki naj bi bil po njegovem mnenju „temeljito preurejen“.

45 Ob predpostavki – ki jo mora preveriti predložitveno sodišče – da so spremembe nacionalne zakonodaje, ki so bile tako uvedene s StSenkG 2000, dejansko spremenile logiko, na kateri je temeljila prejšnja zakonodaja, oziroma to zakonodajo celo razveljavile, je treba preučiti, kako je na uporabo klavzule *standstill* vplivala okoliščina, ki jo je navedlo predložitveno sodišče, in sicer, da lahko spremembe, čeprav so začele veljati 1. januarja 2001, do vključitve „posrednih dohodkov, ki imajo značaj kapitalskih naložb“, v davčno osnovo davčnega zavezanca pripeljejo šele od leta 2002, torej po razveljavitvi navedenih sprememb, do katere je prišlo ob poznejši uveljavitvi UntStFG 2001, 25. decembra 2001.

46 Kot izhaja iz sodne prakse Sodišča, na katero je bilo opozorjeno v točkah 39 in 40 te sodbe, ni mogoče šteti, da je bila omejitev pretoka kapitala, ki je veljala v okviru nacionalnega prava od 31. decembra 1993, od tega dne neprekinjeno del pravnega reda zadevne države članice, zlasti če je bila zakonodaja, iz katere ta omejitev izhaja, razveljavljena ali če je bila logika, na kateri je temeljila ta zakonodaja, spremenjena. Do take razveljavitve ali spremembe namreč pride ob začetku veljavnosti določb, s katerimi je obstoječa zakonodaja razveljavljena ali spremenjena, v skladu z nacionalnimi ustavnimi postopki, ki so za to določeni.

47 Vendar je treba kljub formalnemu začetku veljavnosti določb, s katerimi je bila razveljavljena ali spremenjena zakonodaja, iz katere izhaja omejitev, ki je veljala na dan 31. decembra 1993, šteti, da je bila ta omejitev ohranjena neprekinjeno, če je bila uporaba določb o razveljavitvi ali o spremembi v okviru nacionalnega prava odložena in če so bile zadnje navedene določbe razveljavljene, še preden so se začele uporabljati. V takem primeru je treba namreč šteti, da je bila taka omejitev še naprej neprekinjeno del pravnega reda zadevne države članice.

48 Če so v teh okoliščinah sprejetje StSenkG 2000 spremljale določbe, s katerimi je bila uporaba tega zakona odložena, tako da se spremembe davčne ureditve posrednih družb s sedežem v tretji državi, ki so bile uvedene z navedenim zakonom, za pretok čezmejnega kapitala iz člena 64(1) PDEU v obdobju od 1. januarja do 25. decembra 2001, ko je začel veljati UntStFG 2001, niso uporabljale, kar mora preveriti predložitveno sodišče, bi bilo treba šteti, da je bila omejitev, na katero se sklicuje to sodišče, od 31. decembra 1993 neprekinjeno ohranjena v smislu klavzule *standstill* iz te določbe.

49 Če pa bi predložitveno sodišče ugotovilo, da so se določbe StSenkG 2000 začele uporabljati od začetka njihove veljavnosti, bi bilo treba šteti, da je bila trajajoča veljavnost omejitev iz postopka v glavni stvari s sprejetjem tega zakona prekinjena, ta prekinitev pa pripelje do neuporabe člena 64(1) PDEU.

50 Tako bi bilo, če bi davčna pravila, ki izhajajo iz StSenkG 2000, ki je začel veljati 1. januarja 2001, pomenila, da je bilo mišljeno, da se posredni dohodki, ki so bili ustvarjeni leta 2001, vključijo v davčno osnovo zadevnega davčnega zavezanca rezidenta, čeprav davčna uprava zaradi razveljavitve tega zakona 25. decembra 2001 teh pravil pri pobiranju davka od teh dohodkov leta 2002 nazadnje ni uporabila.

51 Ob upoštevanju navedenih preudarkov je treba na drugo vprašanje odgovoriti, da je treba klavzulo *standstill* iz člena 64(1) PDEU razlagati tako, da se prepoved iz člena 63(1) PDEU uporablja za omejitev pretoka kapitala v tretje države ali iz njih, ki se nanaša na neposredne naložbe, če je bila nacionalna davčna zakonodaja, iz katere izhaja ta omejitev, po 31. decembru

1993 bistveno spremenjena zaradi sprejetja zakona, ki je sicer za?el veljati, vendar je bil, še preden se je za?el uporabljati v praksi, nadomeš?en z zakonodajo, ki je vsebinsko enaka tisti, ki je veljala na dan 31. decembra 1993, razen ?e je bila uporaba tega zakona v okviru nacionalnega prava odložena, tako da se ta kljub za?etku njegove veljavnosti ni uporabljal za ?ezmejni pretok kapitala iz ?lena 64(1) PDEU, kar mora preveriti predložitveno sodiš?e.

Tretje vprašanje

52 ?e bi predložitveno sodiš?e ob upoštevanju odgovora na drugo vprašanje ugotovilo, da nacionalna zakonodaja iz postopka v glavni stvari ne spada na podro?je uporabe klavzule *standstill* iz ?lena 64(1) PDEU, je treba v skladu s predlogom predložitvenega sodiš?a obravnavati njegovo tretje vprašanje.

53 Predložitveno sodiš?e želi s tem vprašanjem v bistvu izvedeti, ali je treba ?len 63(1) PDEU razlagati tako, da nasprotuje zakonodaji države ?lanice, v skladu s katero so dohodki, ki jih ustvari družba s sedežem v tretji državi in ki ne izhajajo iz dejavnosti te družbe, kakršni so dohodki, ki so opredeljeni kot „posredni dohodki, ki imajo zna?aj kapitalskih naložb“, v smislu te zakonodaje, vklju?eni v dav?no osnovo dav?nega zavezanca rezidenta v tej državi ?lanici sorazmerno z deležem, ?e ima ta dav?ni zavezanec v navedeni družbi vsaj 1?odstotni delež in ?e je obdav?itev teh dohodkov v tej tretji državi nižja kot v zadevni državi ?lanici.

54 Za odgovor na to vprašanje je treba na prvem mestu preu?iti obstoj omejitve prostega pretoka kapitala v smislu ?lena 63 PDEU, na drugem mestu pa po potrebi dopustnost take omejitve.

Obstoj omejitve prostega pretoka kapitala

55 V skladu z ustaljeno sodno prakso Sodiš?a ukrepi, ki so prepovedani, ker omejujejo pretok kapitala, obsegajo vse take ukrepe, ki bi lahko odvr?ali nerezidente od naložb v državi ?lanici ali bi lahko odvr?ali rezidente te države ?lanice od naložb v drugih državah (glej zlasti sodbe z dne 18. decembra 2007, A, C?101/05, EU:C:2007:804, to?ka 40; z dne 10. februarja 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel in Österreichische Salinen, C?436/08 in C?437/08, EU:C:2011:61, to?ka 50, ter z dne 8. novembra 2012, Komisija/Finska, C?342/10, EU:C:2012:688, to?ka 28).

56 Na podlagi zakonodaje iz postopka v glavni stvari se dav?nemu zavezancu z dav?nim rezidentstvom v Nem?iji, ki ima v družbi s sedežem v tretji državi, v kateri je stopnja obdav?itve „nizka“, vsaj 1?odstotni delež, sorazmerno z njegovim deležem pripišejo tako imenovani „pasivni“ dohodki, torej „posredni dohodki, ki imajo zna?aj kapitalskih naložb“ v smislu te zakonodaje, ne glede na kakršno koli razdelitev dobi?ka. Za dav?nega zavezanca, ki ima enak delež v družbi s sedežem v Nem?iji, pa navedena zakonodaja ne velja, saj se ta po definiciji uporablja le v ?ezmejnih položajih.

57 Tako razli?no dav?no obravnavanje lahko pripelje do neugodnih posledic za dav?nega zavezanca rezidenta, ki ima delež v družbi s sedežem v tretji državi, ki prejema take „pasivne“ dohodke, ker je dobi?ek te družbe vklju?en v dav?no osnovo dav?nega zavezanca sorazmerno z njegovim deležem v tej družbi. V primerjavi z dav?nim zavezancem s primerljivim deležem v družbi s sedežem v državi ?lanici, katere rezident je, v obravnavanem primeru Nem?iji, tako razli?no obravnavanje namre? ustvarja dav?no neugodnost za dav?nega zavezanca, ki vlaga kapital v tretji državi, ker zakonodaja iz postopka v glavni stvari dobi?ek druge pravne osebe pripisuje temu dav?nemu zavezancu in ga obdav?i pri njem (glej po analogiji sodbo z dne 12. septembra 2006, Cadbury Schweppes in Cadbury Schweppes Overseas, C?196/04, EU:C:2006:544, to?ka 45).

58 V teh okoliščinah je treba ugotoviti, da zakonodaja iz postopka v glavni stvari vlagatelje, ki so neomejeni davčni zavezanci za plačilo davka v Nemčiji, lahko odvrta od vlaganja v družbe s sedežem v nekaterih tretjih državah in zato pomeni omejitev prostega pretoka kapitala, ki je s členom 63(1) PDEU na celoma prepovedana.

Upravičenost omejitve

59 Glede na restriktivno naravo zakonodaje iz postopka v glavni stvari je treba, kot opozarja nemška vlada, preučiti, ali je omejitev prostega pretoka kapitala, ki jo je ustvarila ta zakonodaja, mogoče upravičiti ob upoštevanju člena 65(1)(a) PDEU, v skladu s katerim „[d]oločbe člena 63 [PDEU] ne posegajo v pravice držav članic, da [...] uporabljajo ustrezne predpise svojega davčnega prava, v katerih so različno obravnavani davčni zavezanci, ki niso v enakem položaju glede na prebivališče ali kraj, v katerem je naložen njihov kapital“.

60 Iz ustaljene sodne prakse Sodišča izhaja, da je treba člen 65(1)(a) PDEU, ker pomeni odstopanje od temeljnega načela prostega pretoka kapitala, razlagati ozko. Zato te določbe ni mogoče razlagati tako, da bi bila vsaka davčna zakonodaja, ki davčne zavezance obravnava različno glede na kraj rezidentstva ali glede na državo članico, v katero vlagajo svoj kapital, samodejno v skladu s Pogodbo (sodbe z dne 11. septembra 2008, *Eckelkamp in drugi*, C-711/07, EU:C:2008:489, točka 57; z dne 10. februarja 2011, *Haribo Lakritzen Hans Riegel in Österreichische Salinen*, C-436/08 in C-437/08, EU:C:2011:61, točka 56, ter z dne 10. aprila 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, C-190/12, EU:C:2014:249, točka 55).

61 Različno obravnavanje, ki je dovoljeno s členom 65(1)(a) PDEU, v skladu z odstavkom 3 tega člena namreč ne sme biti niti sredstvo samovoljne diskriminacije niti sredstvo prikritega omejevanja. Sodišče je zato razsodilo, da so taka različna obravnavanja lahko dovoljena le, če se nanašajo na položaje, ki niso objektivno primerljivi, oziroma, v nasprotnem primeru, če so upravičeni z nujnim razlogom v splošnem interesu (glej v tem smislu sodbi z dne 6. junija 2000, *Verkooijen*, C-35/98, EU:C:2000:294, točka 43; z dne 7. septembra 2004, *Manninen*, C-319/02, EU:C:2004:484, točka 29, in z dne 17. septembra 2009, *Glaxo Wellcome*, C-182/08, EU:C:2009:559, točka 68).

62 Na prvem mestu je treba torej preveriti, ali se zadevno različno obravnavanje nanaša na objektivno primerljive položaje, in po potrebi na drugem mestu preučiti, ali je zadevno omejitev prostega pretoka kapitala mogoče upravičiti z nujnim razlogom v splošnem interesu.

– Primerljivost položajev

63 Nemška vlada zanika obstoj omejitve prostega pretoka kapitala in zatrjuje, da položaj davčnih zavezancev, ki imajo delež v družbi s sedežem v tretji državi z nizko stopnjo obdavčitve, ki je omenjena v zakonodaji iz postopka v glavni stvari, ni primerljiv s položajem davčnih zavezancev, ki imajo tak delež v družbi, ki je rezidentka v Nemčiji. Po mnenju te vlade ta položaja nista primerljiva predvsem zato, ker se ta zakonodaja nanaša na deleže v družbah, ki ne spadajo v nemško davčno pristojnost in za katere je v tretji državi stopnja obdavčitve nizka.

64 V skladu z ustaljeno sodno prakso je treba primerljivost omejenega položaja z notranjim položajem v državi članici preučiti ob upoštevanju cilja zadevnih nacionalnih določb (glej v tem smislu sodbe z dne 18. julija 2007, *Oy AA*, C-231/05, EU:C:2007:439, točka 38; z dne 1. aprila 2014, *Felixstowe Dock and Railway Company in drugi*, C-80/12, EU:C:2014:200, točka 25, ter z dne 12. junija 2018, *Bevola in Jens W. Trock*, C-650/16, EU:C:2018:424, točka 32).

65 V zvezi s tem je po pojasnilih predložitvenega sodišča cilj zakonodaje iz postopka v glavni stvari „preprečiti ali nevtralizirati prenos (pasivnih) dohodkov oseb, ki so neomejeni zavezanci za plačilo davka, v države z nizko stopnjo obdavčitve“. Po navedbah nemške vlade je namen te zakonodaje prav tako preprečiti davčne utaje z umetnim prenosom dohodkov v tretje države z nizko stopnjo obdavčitve.

66 Država članica sicer res ne namerava slediti cilju boja proti prenosu dohodkov v tretje države z nizko stopnjo obdavčitve v okviru naložb znotraj te države.

67 Vendar je, kot je generalni pravobranilec poudaril v točki 71 sklepnih predlogov, cilj zakonodaje iz postopka v glavni stvari čim bolj izenačiti položaj družb rezidentk, ki so vložile kapital v družbo s sedežem v tretji državi z „nizko“ stopnjo obdavčitve, s položajem družb rezidentk, ki so svoj kapital vložile v drugo družbo rezidentko Nemčije, zlasti da bi se nevtralizirale morebitne davčne ugodnosti, ki bi jih prvonavedene družbe lahko imele od vlaganja kapitala v tretjo državo. Ko pa država članica družbo rezidentko enostransko zaveže za plačilo davka od dohodka, ki ga ustvari družba s sedežem v tretji državi, v kateri ima navedena družba rezidentka delež, se položaj te družbe rezidentke približa položaju družbe rezidentke, ki ima delež v drugi družbi rezidentki (glej po analogiji sodbi z dne 12. septembra 2006, Cadbury Schweppes in Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, EU:C:2006:544, točka 45, ter z dne 14. decembra 2006, Denkavit Internationaal in Denkavit France, C-170/05, EU:C:2006:783, točki 35 in 36).

68 Brez poseganja v preučitev morebitne upravičenosti zakonodaje iz postopka v glavni stvari na podlagi nujnega razloga v splošnem interesu bi bilo v teh okoliščinah s priznanjem, da položaja nista primerljiva zgolj zato, ker ima zadevni vlagatelj deleže v družbi s sedežem v tretji državi, medtem ko člen 63(1) PDEU prepoveduje prav omejitve pretoka čezmejnega kapitala, tej določbi odvzeto bistvo (glej po analogiji sodbo z dne 12. junija 2018, Bevola in Jens W. Trock, C-650/16, EU:C:2018:424, točka 35).

69 Ob upoštevanju navedenih preudarkov se različno obravnavanje v postopku v glavni stvari nanaša na objektivno primerljiva položaja.

– *Obstoj nujnega razloga v splošnem interesu*

70 V skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišča je omejitev prostega pretoka kapitala lahko dovoljena le, če je upravičena z nujnimi razlogi v splošnem interesu in – v tem primeru – če omogoča uresnitev zadevnega cilja in ne presega tega, kar je nujno za dosego tega cilja (glej v tem smislu sodbe z dne 11. oktobra 2007, ELISA, C-451/05, EU:C:2007:594, točki 79 in 82; z dne 23. januarja 2014, DMC, C-164/12, EU:C:2014:20, točka 44, ter z dne 21. junija 2018, Fidelity Funds in drugi, C-480/16, EU:C:2018:480, točka 64).

71 Nemška, francoska in švedska vlada v pisnih stališjih menijo, da je zakonodaja, kakršna je ta v postopku v glavni stvari, lahko upravičena z nujnimi razlogi v splošnem interesu, ki se nanašajo na varstvo uravnotežene porazdelitve davčnih pristojnosti med državami članicami in tretjimi državami, na preprečevanje davčnih goljufij in utaj ter na nujnost zagotovitve učinkovitosti davčnega nadzora.

72 V zvezi s tem je treba najprej opozoriti, da je nujnost varstva uravnotežene porazdelitve davčnih pristojnosti med državami članicami in tretjimi državami razlog, ki lahko upraviči omejitev prostega pretoka kapitala, zlasti takrat, kadar se želi z zadevnimi nacionalnimi ukrepi preprečiti ravnanje, ki lahko ogroža pravico države članice do izvajanja svoje davčne pristojnosti v zvezi z dejavnostmi, ki se opravljajo na njenem ozemlju (glej v tem smislu sodbe z dne 10. februarja 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel in Österreichische Salinen, C-436/08 in C-437/08, EU:C:2011:61,

točka 121; z dne 10. maja 2012, Santander Asset Management SGIIC in drugi, od C-338/11 do C-347/11, EU:C:2012:286, točka 47, ter z dne 10. aprila 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company, C-190/12, EU:C:2014:249, točka 98).

73 Podobno je Sodišče razsodilo, da je nacionalni ukrep, s katerim je omejen prosti pretok kapitala, mogoče upravičiti z nujnostjo preprečevanja davčnih goljufij in utaj, če se nanaša posebej na povsem umetne konstrukte, ki so ekonomsko neresni in ustvarjeni zgolj zato, da bi se obšel davek, ki ga je ponavadi treba plačati od dobička, ustvarjenega z dejavnostmi, ki se opravljajo na nacionalnem ozemlju zadevne države članice (glej v tem smislu sodbe z dne 12. septembra 2006, Cadbury Schweppes in Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, EU:C:2006:544, točki 51 in 55; z dne 13. marca 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, C-524/04, EU:C:2007:161, točki 72 in 74, ter z dne 3. oktobra 2013, Itelcar, C-282/12, EU:C:2013:629, točka 34).

74 Poleg tega je iz ustaljene sodne prakse Sodišča razvidno, da je potreba po zagotovitvi učinkovitosti davčnega nadzora nujni razlog v splošnem interesu, ki lahko upraviči omejitev prostega pretoka kapitala (glej v tem smislu sodbi z dne 9. oktobra 2014, van Caster, C-326/12, EU:C:2014:2269, točka 46, in z dne 22. novembra 2018, Huijbrechts, C-679/17, EU:C:2018:940, točka 36). V zvezi s tem je treba opozoriti, da je v skladu s sodno prakso Sodišča namen davčnega nadzora boj proti davčnim goljufijam in davčni utaji (glej v tem smislu sodbo z dne 5. julija 2012, SIAT, C-318/10, EU:C:2012:415, točka 44).

75 Tako so nujni razlogi v splošnem interesu, na katere se sklicujejo zainteresirane stranke, v okoliščinah, kakršne so te v postopku v glavni stvari, tesno povezani (glej po analogiji sodbe z dne 13. decembra 2005, Marks & Spencer, C-446/03, EU:C:2005:763, točka 51; z dne 21. januarja 2010, SGI, C-311/08, EU:C:2010:26, točka 69, in z dne 5. julija 2012, SIAT, C-318/10, EU:C:2012:415, točka 48). Ker cilj nacionalne zakonodaje iz postopka v glavni stvari, kot je bil naveden v točki 65 te sodbe, v bistvu ustreza tem nujnim razlogom v splošnem interesu in, natančneje, preprečevanju davčne goljufije in davčne utaje, je treba preučiti, ali taka zakonodaja omogoča zagotovitev uresničitve zastavljenega cilja in ali ne presega tega, kar je nujno za doseg tega cilja.

76 V zvezi z vprašanjem, ali navedena zakonodaja omogoča uresnitev cilja, ki mu sledi, je treba poudariti, da ta zakonodaja med drugim v členu 7(6) in v členu 8(3) AStG 2006 določa, da je dobiček družbe s sedežem v tretji državi – ki prejema „posredne dohodke, ki imajo značaj kapitalskih naložb“ in ki v Nemčiji niso obdavčljivi ter za katere velja nizka stopnja obdavčitve v smislu te zakonodaje v zadevni tretji državi – neodvisno od njegove razdelitve vključen v davčno osnovo osebe, ki je neomejeni davčni zavezanec za plačilo davka v Nemčiji, sorazmerno z odstotkom njenega deleža v tej družbi, in se pri tej osebi obdavči kot izplačana dividenda.

77 Kot je generalni pravobranilec v bistvu navedel v točki 94 sklepnih predlogov, v zvezi s tem ni mogoče izključiti, da bi bila v okoliščinah, kakršne so te v postopku v glavni stvari, posledica prenosa terjatev z družbe Z s sedežem v Nemčiji na družbo Y, ki ne spada v nemško davčno pristojnost, lahko vsaj delno izvzetje dohodka dejavnosti športnih klubov, ki je bil ustvarjen na nemškem ozemlju in na katerega so se nanašale te terjatve, iz nemške davčne pristojnosti, pri čemer pa mora to vprašanje davčnega materialnega prava preučiti predložitveno sodišče. Poleg tega, čeprav Sodišče nima na voljo dovolj dejanskih elementov, da bi lahko ugotovilo, da so transakcije v obravnavani zadevi umetne, prav tako ni mogoče izključiti – ker je edina dejavnost družbe Y, da ima terjatve, odkupljene od družbe s sedežem v Nemčiji in financirane s strani tretjih oseb, vključno s posojilom, ki ga je odobrila družba X – da delež, ki ga ima zadnjenavedena družba v družbi Y, ni legitimno poslovno utemeljen, temveč je njegov glavni namen oziroma eden od njegovih glavnih namenov izogibanje davku, ki bi bil običajno dolgovan na dobiček, ustvarjen z

dejavnostmi, ki se opravljajo na nemškem ozemlju, z uporabo družbe Y kot posredniške družbe za to.

78 Ker zakonodaja, kakršna je ta v postopku v glavni stvari – ki določa vključitev dobička družbe s sedežem v tretji državi z nizko stopnjo obdavčitve v davčno osnovo družbe, ki je neomejeni davčni zavezanec v Nemčiji – v okoliščinah, kakršne so te v postopku v glavni stvari, lahko nevtralizira učinke morebitnega umetnega prenosa dohodka v tretjo državo, ta zakonodaja na celoma omogoča zagotovitev uresnitve cilja, ki mu sledi.

79 Preveriti je še treba, ali navedena zakonodaja ne presega tistega, kar je potrebno za dosego tega cilja.

80 V skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišča zgolj okoliščina, da ima družba rezidentka delež v drugi družbi s sedežem v tretji državi, kot taka ne ustvarja splošne domneve davčne goljufije ali davčne utaje in iz tega naslova ne more upravičiti davčnega ukrepa, ki posega v prosti pretok kapitala (glej v tem smislu sodbe z dne 16. julija 1998, ICI, C-264/96, EU:C:1998:370, točka 26; z dne 21. novembra 2002, X in Y, C-436/00, EU:C:2002:704, točka 62, in z dne 11. oktobra 2007, ELISA, C-451/05, EU:C:2007:594, točka 91). Kot je razvidno iz sodne prakse, na katero je bilo opozorjeno v točki 73 te sodbe, pa je nacionalni ukrep, ki omejuje prosti pretok kapitala, mogoče upravičiti, če je njegov poseben namen preprečevanje ravnanj, ki ustvarjajo povsem umetne konstrukte.

81 V zvezi s tem želi predložitveno sodišče izvedeti, ali je razlago pojma „povsem umetni konstrukt“, ki jo je Sodišče podalo v sodbi z dne 12. septembra 2006, Cadbury Schweppes in Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544), mogoče prenesti na okoliščine iz postopka v glavni stvari. To sodišče poleg tega navaja, da je zadeva, v kateri je bila izdana ta sodba, spadala v okvir svobode ustanavljanja, ki je določena med drugim v členu 49 PDEU, saj se je navedena zadeva nanašala na nacionalno zakonodajo države članice, pri kateri je šlo za obdavčitev – ki je bremenila davčnega zavezanca s sedežem v tej državi – dohodkov družbe s sedežem v drugi državi članici, zlasti kadar je imel davčni zavezanec rezident v tej družbi v lasti več kot 50 % kapitala.

82 Poudariti je treba, da je Sodišče v točkah 67 in 68 sodbe z dne 12. septembra 2006, Cadbury Schweppes in Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544), razsodilo, da ima ustanovitev družbe v državi članici značaj „povsem umetnega konstrukta“, kadar je na podlagi objektivnih elementov, ki jih tretje osebe lahko preverijo, ugotovljeno, da je bila ta družba navidezno ustanovljena, ker na ozemlju države članice gostiteljice ne opravlja nobene dejanske gospodarske dejavnosti, zlasti glede na stopnjo fizičnega obstoja navedene družbe v smislu prostorov, osebja in opreme. Sodišče je na podlagi tega sklepalo, da so take navidezne ustanovitve, ki imajo značaj hčerinske družbe, ki je „poštni nabiralnik“ ali „kulisa“, lahko predmet posebne davčne ureditve, da se prepreči davčne goljufije in davčne utaje, ne da bi določbe Pogodbe o tej svoboščini temu nasprotovale.

83 Vendar je treba v zvezi z vprašanjem, ki ga je izrecno postavilo predložitveno sodišče, in sicer, katere kakovostne in količinske zahteve veljajo za delež davčnega zavezanca rezidenta v družbi s sedežem v tretji državi, da se ta ne šteje za „povsem umetnega“, opozoriti, da namen prostega pretoka kapitala med državami članicami in tretjimi državami ni določiti pogoje, pod katerimi se lahko družbe ustanavljajo na notranjem trgu (glej v tem smislu sodbo z dne 13. novembra 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-35/11, EU:C:2012:707, točka 100), temveč vzpostaviti liberalizacijo pretoka čezmejnega kapitala (glej v tem smislu sodbi z dne 14. decembra 1995, *Sanz de Lera in drugi*, C-163/94, C-165/94 in C-250/94, EU:C:1995:451, točka 19, in z dne 10. februarja 2011, *Haribo Lakritzen Hans Riegel in Österreichische Salinen*, C-436/08 in C-437/08, EU:C:2011:61, točka 46).

84 Zato pojem „povsem umetni konstrukt“ v okviru prostega pretoka kapitala ni nujno omejen na elemente, ki se nanašajo na neobstoje ekonomske resničnosti ustanovitve družbe iz točk 67 in 68 sodbe z dne 12. septembra 2006, *Cadbury Schweppes in Cadbury Schweppes Overseas* (C-196/04, EU:C:2006:544), saj se umetno ustvarjanje okoliščin, ki so potrebne za neupravičeno izogibanje obdavčitvi v državi članici ali za neupravičen prejem davčne ugodnosti v tej državi, kar zadeva pretok čezmejnega kapitala, lahko pojavi v različnih oblikah. Navedeni elementi so lahko sicer res indici obstoja povsem umetnega konstrukta tudi za uporabo pravil o prostem pretoku kapitala, zlasti kadar se izkaže, da je treba presoditi poslovno utemeljenost pridobitve deleža v družbi, ki ne opravlja lastnih gospodarskih dejavnosti. Vendar lahko navedeni pojem v okviru prostega pretoka kapitala zajema tudi vsakršen konstrukt, katerega glavni namen ali eden od glavnih namenov je umetni prenos dobička, ustvarjenega v okviru dejavnosti, ki se opravljajo na ozemlju države članice, v tretjo državo z nizko stopnjo obdavčitve.

85 Kljub temu je v obravnavani zadevi očitno, da namen zakonodaje iz postopka v glavni stvari ni samo preprečevanje ravnanj, ki se kažejo v ustvarjanju takih umetnih konstruktov. Iz predložitvene odločbe je namreč razvidno, da člen 7(6) in člen 8(3) AStG 2006 določata, da je ugotovljeno, da ima davčni zavezanec rezident vsaj 1% odstotni delež kapitala v družbi s sedežem v tretji državi z nizko stopnjo obdavčitve v smislu navedene zakonodaje, ki prejema „posredne dohodke, ki imajo značaj kapitalskih naložb“ v smislu te zakonodaje, so ti dohodki samodejno vključeni v davčno osnovo tega davčnega zavezanca, ne da bi bila temu dana možnost, da predloži dokaze o tem, da njegov delež ne izhaja iz umetnega konstrukta, kakršni so na primer poslovni razlogi za njegovo udeležbo v tej družbi ali resničnost gospodarske dejavnosti, ki jo ta opravlja.

86 Ta samodejnost zakonodaje iz postopka v glavni stvari, ki je primerljiva z neizpodbojno domnevo o davčni goljufiji ali davčni utaji, pa ne more biti upravičena zgolj na podlagi meril, določenih v tej zakonodaji. Nizka stopnja obdavčitve, ki velja za dohodke družbe s sedežem v tretji državi, ali „pasivna“ narava dejavnosti, iz katerih ta dohodek izhaja, kot sta opredeljeni v tej zakonodaji, lahko sicer pomenita indic ravnanja, ki lahko pripelje do davčne goljufije ali davčne utaje, vendar kot taki ne moreta zadostovati za ugotovitev, da gre v vseh primerih, v katerih davčni zavezanec rezident v državi članici v tej družbi pridobi delež, nujno za umetni konstrukt.

87 V skladu z ustaljeno sodno prakso glede odnosov med državami članicami velja, da mora nacionalna zakonodaja, da bi bila sorazmerna s ciljem preprečevanja davčne goljufije in davčne utaje, v vsakem primeru, v katerem obstoja umetnih transakcij ni mogoče izključiti, davčnemu zavezancu brez pretiranih upravnih zahtev omogočiti, da predloži dokaze v zvezi z morebitnimi poslovnimi razlogi, zaradi katerih je bila sklenjena zadevna transakcija (glej v tem smislu sodbe z dne 13. marca 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, C-524/04, EU:C:2007:161, točka 82; z dne 5. julija 2012, *SIAT*, C-318/10, EU:C:2012:415, točka 50, in z dne 3. oktobra 2013, *Itelcar*, C-282/12, EU:C:2013:629, točka 37).

88 Ob upoštevanju sodne prakse, na katero je bilo opozorjeno v prejšnji točki, se z zakonodajo iz postopka v glavni stvari, s katero se domneva, da gre za umetna ravnanja zgolj zato, ker so izpolnjeni pogoji, ki so navedeni v tej zakonodaji, zadevnemu davčnemu zavezancu pa se ne daje nobena možnost, da bi to domnevo ovrgel, na celoma presega to, kar je nujno za dosego njenega cilja.

89 Toda zakonodaja iz postopka v glavni stvari se ne nanaša na države članice, temveč na tretje države.

90 V zvezi s tem je treba opozoriti, da sodne prakse, ki se nanaša na omejitve pri uresničevanju prostega pretoka v Uniji, ni mogoče v celoti prenesti na pretok kapitala med državami članicami in tretjimi državami, saj tak pretok spada v drugačen pravni okvir (glej zlasti sodbo z dne 28. oktobra 2010, *Établissements Rimbaud*, C-72/09, EU:C:2010:645, točka 40 in navedena sodna praksa).

91 Kar zadeva med drugim obveznost držav članic, da davčnemu zavezancu omogočijo, da predloži dokaze o morebitnih poslovnih razlogih za njegovo udeležbo v družbi s sedežem v tretji državi, iz sodne prakse Sodišča izhaja, da je treba obstoj te obveznosti presojati glede na razpoložljivost upravnih in regulativnih ukrepov, ki po potrebi omogočajo nadzor nad verodostojnostjo teh dokazov (glej v tem smislu sodbe z dne 11. oktobra 2007, *ELISA*, C-451/05, EU:C:2007:594, točka 98; z dne 28. oktobra 2010, *Établissements Rimbaud*, C-72/09, EU:C:2010:645, točki 45 in 46, ter z dne 10. aprila 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, C-190/12, EU:C:2014:249, točka 85).

92 Iz ustaljene sodne prakse Sodišča je tudi razvidno, da lahko država članica, kadar je upravičenost do davčne ugodnosti v zakonodaji te države članice odvisna od izpolnitve pogojev, kar je mogoče preveriti le s pridobitvijo podatkov pristojnih organov tretje države, na celoma legitimno zavrne dodelitev te ugodnosti, če se pridobitev podatkov iz te tretje države izkaže za nemogoče, predvsem ker za to tretjo državo ne obstaja pogodbeni obveznost, da mora predložiti te podatke (glej v tem smislu sodbe z dne 18. decembra 2007, *A*, C-101/05, EU:C:2007:804, točka 63; z dne 10. februarja 2011, *Haribo Lakritzen Hans Riegel in Österreichische Salinen*, C-436/08 in C-437/08, EU:C:2011:61, točka 67, ter z dne 10. aprila 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, C-190/12, EU:C:2014:249, točka 84).

93 V obravnavani zadevi se za ugotovitev, da delež družbe s sedežem v Nemčiji iz postopka v glavni stvari v družbi s sedežem v tretji državi kljub izpolnjevanju pogojev, navedenih v členu 7(6) in členu 8(3) AStG 2006, ne izhaja iz umetnega konstrukta, zahteva analiza informacij o naravi dejavnosti te družbe s sedežem v tretji državi, ki jo mora opraviti nemška davčna uprava.

94 Ker država članica ni dolžna sprejeti informacij o dejavnosti družbe s sedežem v tretji državi, v kateri ima davčni zavezanec te države članice delež, ne da bi lahko po potrebi preverila verodostojnost teh informacij (glej v tem smislu sodbo z dne 10. aprila 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, C-190/12, EU:C:2014:249, točka 85), mora

predložitveno sodišče v obravnavani zadevi preuči, ali med Zvezno republiko Nemčijo in Švicarsko konfederacijo obstajajo pogodbenne obveznosti, ki določajo pravni okvir sodelovanja in mehanizme izmenjave informacij med zadevnimi nacionalnimi organi in ki nemškemu davčnemu organu dejansko omogočajo, da po potrebi preveri verodostojnost informacij o družbi s sedežem v Švici, predloženih kot dokaz, da delež navedenega davčnega zavezanca v zadnjenavedeni družbi ne izhaja iz umetnega konstrukta.

95 Če med zadevno državo članico in zadevno tretjo državo takega, zlasti pogodbenega, pravnega okvira ni, je treba šteti, da člen 63(1) PDEU te države članice ne ovira pri uporabi zakonodaje, kakršna je ta v postopku v glavni stvari, v skladu s katero so dohodki družbe s sedežem v tretji državi vključeni v davčno osnovo davčnega zavezanca rezidenta, ne da bi bila temu dana možnost, da predloži dokaze o morebitnih poslovnih razlogih za njegovo udeležbo v tej družbi. Če pa bo ugotovljeno, da tak pravni okvir obstaja, bo treba zadevnemu davčnemu zavezancu brez pretiranih upravnih zahtev omogočiti, da predloži dokaze o morebitnih poslovnih razlogih za njegovo naložbo v zadevni tretji državi.

96 Ob upoštevanju navedenih preudarkov je treba na tretje vprašanje odgovoriti, da je treba člen 63(1) PDEU razlagati tako, da ne nasprotuje zakonodaji države članice, v skladu s katero so dohodki, ki jih ustvari družba s sedežem v tretji državi in ki ne izhajajo iz dejavnosti te družbe, kakršni so dohodki, ki so opredeljeni kot „posredni dohodki, ki imajo značaj kapitalskih naložb“, v smislu te zakonodaje, vključeni v davčno osnovo davčnega zavezanca rezidenta v tej državi članici sorazmerno z deležem, če ima ta davčni zavezanec v navedeni družbi vsaj 1% odstotni delež in če je obdavčitev teh dohodkov v tej tretji državi nižja kot v zadevni državi članici, razen če obstaja pravni okvir, ki določa zlasti pogodbeno obveznosti, ki nacionalnim davčnim organom navedene države članice dejansko omogočajo, da po potrebi preveri verodostojnost informacij o tej družbi, predloženih kot dokaz, da delež navedenega davčnega zavezanca v zadnjenavedeni družbi ne izhaja iz umetnega konstrukta.

Stroški

97 Ker je ta postopek za stranki v postopku v glavni stvari ena od stopenj v postopku pred predložitvenim sodiščem, to odloči o stroških. Stroški za predložitev stališ? Sodiš?u, ki niso stroški omenjenih strank, se ne povrnejo.

Iz teh razlogov je Sodiš?e (veliki senat) razsodilo:

- 1. Klavzulo *standstill* iz člena 64(1) PDEU je treba razlagati tako, da člen 63(1) PDEU ne posega v uporabo omejitve pretoka kapitala v tretje države ali iz njih glede neposrednih naložb, ki je v okviru zakonodaje države članice v bistvu veljala na dan 31. decembra 1993, čeprav je bilo podro?je uporabe te omejitve po tem datumu razširjeno na deleže, ki se ne nanašajo na neposredno naložbo.**
- 2. Klavzulo *standstill* iz člena 64(1) PDEU je treba razlagati tako, da se prepoved iz člena 63(1) PDEU uporablja za omejitev pretoka kapitala v tretje države ali iz njih, ki se nanaša na neposredne naložbe, če je bila nacionalna davčna zakonodaja, iz katere izhaja ta omejitev, po 31. decembru 1993 bistveno spremenjena zaradi sprejetja zakona, ki je sicer za?el veljati, vendar je bil, še preden se je za?el uporabljati v praksi, nadomeš?en z zakonodajo, ki je vsebinsko enaka tisti, ki je veljala na dan 31. decembra 1993, razen če je bila uporaba tega zakona v okviru nacionalnega prava odložena, tako da se ta kljub za?etku njegove veljavnosti ni uporabljal za ?ezmejni pretok kapitala iz člena 64(1) PDEU, kar mora preveriti predložitveno sodiš?e.**
- 3. Člen 63(1) PDEU je treba razlagati tako, da ne nasprotuje zakonodaji države članice, v skladu s katero so dohodki, ki jih ustvari družba s sedežem v tretji državi in ki ne izhajajo iz dejavnosti te družbe, kakršni so dohodki, ki so opredeljeni kot „posredni dohodki, ki imajo**

značaj kapitalskih naložb“, v smislu te zakonodaje, vključeni v davčno osnovo davnega zavezanca rezidenta v tej državi članici sorazmerno z deležem, če ima ta davni zavezanec v navedeni družbi vsaj 1% odstotni delež in če je obdavčitev teh dohodkov v tej tretji državi nižja kot v zadevni državi članici, razen če obstaja pravni okvir, ki določa zlasti pogodbene obveznosti, ki nacionalnim davnim organom navedene države članice dejansko omogočajo, da po potrebi preverijo verodostojnost informacij o tej družbi, predloženih kot dokaz, da delež navedenega davnega zavezanca v zadnjenavedeni družbi ne izhaja iz umetnega konstrukta.

Podpisi

* Jezik postopka: nemščina.