Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNE PRAVOBRANILKE
JULIANE KOKOTT,
predstavljeni 13. julija 2017 [1]

Zadeva C-292/16

A Oy,
druga stranka:
Veronsaajien oikeudenvalvontayksikkö

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Helsingin hallinto-oikeus (upravno sodišče v Helsinkih, Finska)

„Predlog za sprejetje predhodne odločbe – Davčna zakonodaja – Obdavčitev pravnih oseb – Direktiva o združitvah (Direktiva 90/434/EGS) – Prenos tuje stalne poslovne enote domače družbe na tujo družbo – Takojšnja obdavčitev v čezmejnem primeru in neobdavčitev v notranjem primeru – Preizkus skladnosti sekundarnega prava s temeljnimi pravicami – Primerljivost z izstopno obdavčitvijo – Sorazmernost takojšnje obdavčitve v primeru zmanjšanja davčnega bremena“

I. Uvod

1. Sodišče v tem primeru obravnava prenos Direktive Sveta z dne 23. julija 1990 o skupnem sistemu obdavčitve za združitve, delitve, prenose sredstev in zamenjave kapitalskih deležev družb iz različnih držav članic (90/434/EGS) (v nadaljevanju: Direktiva o združitvah) [2] na Finskem. Gre za poseben primer, ko domača družba tujo stalno poslovno enoto prenese na družbo s sedežem v tujini, v zameno pa od nje ne dobi denarja, temveč kapitalske deleže družbe. Tak prenos se na Finskem, za razliko od prenosa domače stalne poslovne enote na domače podjetje, takoj obdavči. Vendar se pri tem odbije fiktivni tuji davek države, v kateri se stalna poslovna enota nahaja. Treba je pojasniti, ali je to v skladu s svobodo ustanavljanja.

2. Direktiva o združitvah v členu 10(2) omogoča obdavčenje, ker se s čezmejnim prenosom izgubi možnost obdavčenja stalne poslovne enote v tujini. Ta enota po prenosu ni več del družbe s sedežem znotraj države in se nahaja na ozemlju tuje države. V bistvu gre za neke vrste izstopno obdavčitev, ki je medtem v pravu Unije postala celo pravilo. [3] Na splošno je *takojšnja* izstopna obdavčitev nesorazmerna. Tukaj je treba sedaj odločiti o vprašanju, ali odbitek fiktivnega tujega davka v skladu z Direktivo kaj spremeni, tako da je zaradi tega takojšnja obdavčitev dovoljena.

3. Zato mora Sodišče razviti svojo sodno prakso v zvezi z omejevanjem temeljnih svoboščin s strani držav članic zaradi prenehanja njihove davčne pristojnosti.

1 Jezik izvirnika: nemščina.

2 UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 9, zvezek 1, str. 142.

3 V skladu s členom 5 Direktive Sveta (EU) 2016/1164 z dne 12. julija 2016 o določitvi pravil proti praksam izogibanja davkom, ki neposredno vplivajo na delovanje notranjega trga (UL 2016, L 193, str. 1), ki pa je v obravnavanem primeru še ni mogoče uporabiti. Člen 5 Direktive 2016/1164 določa: „Davčni zavezanec je zavezan za davek v znesku, ki je enak tržni vrednosti prenesenih sredstev v času izstopa sredstev, zmanjšanih za njihovo vrednost za davčne namene, v vsakem od naslednjih primerov: […] (c) davčni zavezanec prenese svoje davčno rezidentstvo v drugo državo članico […]“

II. Pravni okvir

A. Pravo Unije

4. Pravni okvir v pravu Unije v tej zadevi predstavlja poleg člena 43 Pogodbe ES v povezavi s členom 48 Pogodbe ES (sedaj člen 49 PDEU v povezavi s členom 54 PDEU) Direktiva o združitvah.

5. V tej zadevi upoštevni člen 10 Direktive o združitvah iz Naslova IV, naslovljenega „Poseben primer prenosa stalne enote“, določa:

„1. Kadar sredstva, prenesena pri združitvi, delitvi ali prenosu sredstev, vključujejo stalno enoto prenosne družbe, ki je v drugi državi članici kakor je prenosna družba, se ta država odreče pravici obdavčenja te stalne enote. Vendar lahko država, v kateri je prenosna družba, v obdavčljivih dobičkih te družbe vzpostavi tiste izgube stalne enote, s katerimi so bili prej pobotani obdavčljivi dobički družbe v tej državi in ki niso bili pokriti. Država, v kateri je stalna enota, in država, v kateri je družba prejemnica, uporabita za tak prenos določbe te direktive, kakor da bi bila prejšnja država, država prenosne družbe.

2. Z odstopanjem od odstavka 1 ima ta država članica, kadar država članica, v kateri je prenosna družba, uporablja sistem obdavčitve svetovnih dobičkov, pravico obdavčenja dobičkov ali kapitalskih dobičkov stalne enote, ki so posledica združitve, delitve ali prenosa sredstev, pod pogojem, da dovoli oprostitev davka, ki bi bil, če ne bi bilo določb te direktive, zaračunan za te dobičke ali kapitalske dobičke v državi članici, v kateri je stalna enota, enako in v enakem znesku, kakor bi to storila, če bi bil davek dejansko zaračunan in plačan.“

B. Finsko pravo

6. Po navedbah predložitvenega sodišča je bila Direktiva o združitvah na Finskem prenesena v zakon o obdavčitvi dohodkov iz gospodarske dejavnosti (v nadaljevanju: zakon 1733/1995).

7. V skladu s členom 52d(2) zakona 1733/1995 se pri obdavčenju prenosne družbe kot obdavčljiva prodajna cena prenesenih sredstev šteje njihova preostala davčna vrednost, pod pogojem, da je do prenosa prišlo na podlagi preostale knjigovodske vrednosti.

8. V skladu s členom 52d(3) zakona 1733/1995 se pri obdavčenju družbe prejemnice v okviru izdatkov za nakup prenesenih sredstev, ki jih je mogoče odbiti, upošteva znesek, ki ustreza tistemu, ki se je v skladu z odstavkom 2 upošteval pri prenosni družbi kot obdavčljiva prodajna cena. S tem se doseže davčno nevtralen prenos prenesenih sredstev.

9. Če se prenesena sredstva in obveznosti pripišejo stalni poslovni enoti domače družbe, ki je v drugi državi članici Evropske unije, se v skladu s členom 52e(3) zakona 1733/1995 pripisana poštena vrednost sredstev, ki preidejo, prav tako kakor rezervacije ali rezerve, ki so se prej pri obdavčenju odbili od dohodkov stalne poslovne enote, štejejo k obdavčljivim dohodkom na Finskem v davčnem letu, v katerem pride do združitve, delitve ali prenosa poslovanja. Zdi se, da se s tem obdavčijo skrite rezerve stalne poslovne enote. Od davka, ki ga je treba na Finskem plačati od teh dohodkov, se odbije davek, ki bi se od teh dohodkov plačal v državi stalne poslovne enote, če ne bi bilo določb Direktive o združitvah.

10. Iz obrazložitve člena 52e(3) zakona 1733/1995 izhaja, da ta določba ureja položaje, ko se sredstva stalne poslovne enote, ki je v drugi državi članici Evropske unije, pripisana finski družbi, prenesejo na tujo družbo. Če sredstva, ki so v tujini, preidejo v premoženje tuje družbe, potem ne sodijo več pod davčno pristojnost Finske. Pri odbitju davka države, kjer je stalna poslovna enota, gre za upoštevanje davka, do katerega pride tudi na podlagi nekaterih davčnih sporazumov. Za uporabo te določbe je treba izračunati višino davka, ki bi ga bilo treba plačati v drugi državi, če ne bi bilo določb Direktive o združitvah.

III. Spor o glavni stvari

11. Družba A Oy (v nadaljevanju: tudi: družba) je leta 2006 s prenosom podjetja avstrijsko stalno poslovno enoto prenesla na avstrijsko družbo B, ki je del skupine, in od te za to prejela nove kapitalske deleže. Pri prenosu so se prenesli sredstva, obveznosti ter rezervacije ali rezerve proizvodnega obrata.

12. K obdavčljivim dohodkom družbe je bila prišteta prodajna cena, ki bi se verjetno dosegla v zvezi s sredstvi, ki so se prenesla pri prenosu podjetja, in ki je bila v tem primeru ocenjena na 249.663.661,59 EUR s pribitkom investicijske pomoči v višini 11.256.146 EUR, ki jo je dodelila država Avstrija, skupaj torej na 260.919.807,59 EUR. Od tega so bili odšteti neodbiti nabavni stroški. Pomoči, ki jih je dodelila država Avstrija, pri obdavčitvi niso bile upoštevane kot nabavni stroški, ki jih je mogoče odbiti.

13. Davek je bil na podlagi člena 52d(1) in 52e(3) zakona 1733/1995 odmerjen v davčnem letu 2006. Taka davčna obveznost ne bi obstajala v primerljivem nacionalnem položaju, saj bi davčna obveznost v tem primeru nastala šele, ko bi družba prejemnica realizirala dobiček.

14. Družba A Oy je s svojim ugovorom zaprosila za popravek odločbe o odmeri davka, ki je bila 30. novembra 2010 spremenjena v škodo davčnega zavezanca. Člen 52(3) zakona 1733/1995 naj namreč ne bi bil skladen s svobodo ustanavljanja iz člena 49 PDEU.

15. Odbor za ugovore je ta ugovor zavrnil. Družba A Oy je proti tej odločbi odbora za ugovore vložila tožbo na Helsingin hallinto-oikeus (upravno sodišče v Helsinkih, Finska). Upravno sodišče v Helsinkih je sklenilo, da postopek ustavi in sproži postopek za sprejetje predhodne odločbe.

IV. Postopek pred Sodiščem

16. Upravno sodišče v Helsinkih je Sodišču v predhodno odločanje postavilo ta vprašanja:

„1. Ali člen 49 PDEU nasprotuje finski določbi, v skladu s katero se v položaju, v katerem nacionalna družba sredstva stalne poslovne enote, ki leži v drugi državi članici EU, odsvoji s prenosom poslovanja na družbo, ki ima sedež v tej državi in za to v zameno prejme nove kapitalske deleže, prenos sredstev obdavči takoj v letu prenosa, medtem ko do obdavčenja v primerljivem nacionalnem položaju pride šele v trenutku realizacije?

2. Ali gre za posredno oziroma neposredno diskriminacijo, če Finska dobiček obdavči takoj v letu prenosa poslovanja, preden je bil ta realiziran, v nacionalnih položajih pa šele v trenutku realizacije?

3. Če je odgovor na prvo in drugo vprašanje pritrdilen, ali je potem mogoče omejitev svobode ustanavljanja upravičiti z utemeljitvenimi razlogi, kakršna sta nujni razlog v splošnem interesu ali varstvo nacionalne davčne pristojnosti? Ali je prepovedana omejitev v skladu z načelom sorazmernosti?“

17. V postopku pred Sodiščem so pisna stališča glede teh vprašanj podale družba A Oy, Finska, Švedska in Evropska komisija. Na obravnavi dne 8. junija 2017 je bila prisotna tudi Zvezna republika Nemčija.

V. Pravna presoja

A. Merilo za presojo

18. Predložitveno sodišče z vprašanji za predhodno odločanje, ki jih je treba obravnavati skupaj, v bistvu sprašuje, ali je nacionalna ureditev, ki v okviru prenosa člena 10(2) Direktive o združitvah določa obdavčitev, v nasprotju s svobodo ustanavljanja kot delom primarnega prava in ali je lahko ta obdavčitev v kakšnem primeru upravičena. Pri tem ta obdavčitev po izjavah predložitvenega sodišča do takojšnje obdavčitve pripelje samo v čezmejnih primerih, medtem ko pri popolnoma domačih primerih ne pride do obdavčitve prenesenih sredstev.

19. Vendar pa je Sodišče, kot so udeležene države članice skoraj soglasno navedle, večkrat odločilo, da „je treba vse nacionalne ukrepe na področju, ki je bilo predmet izčrpne harmonizacije na ravni Unije, presojati glede na določbe tega ukrepa harmonizacije, ne pa glede na primarno pravo“.[4]

20. Tudi če bi šlo pri Direktivi o združitvah za tako izčrpno harmonizacijo, to ne bi moglo preprečiti tega, da bi bilo treba Direktivo razlagati v skladu s primarnim pravom in po potrebi preizkusiti tudi njeno skladnost s temeljnimi pravicami. Sodišče je namreč že prej presodilo, da se prepoved omejitev prostega pretoka storitev ne nanaša samo na nacionalne ukrepe, temveč tudi na ukrepe, ki jih sprejmejo institucije Unije.[5] Kot je Sodišče že navedlo, so pogodbe, kot primarno pravo, „temelj, okvir in meja“[6] vseh pravnih aktov Unije. Zato jih morajo države članice upoštevati tudi pri prenosu teh pravnih aktov.[7]

21. Ne glede na to pa pri Direktivi o združitvah ne gre za izčrpno harmonizacijo. Kot izhaja iz sistematične razlage in besedila, gre pri odstavku 2 za odstopanje od odstavka 1. V skladu z odstavkom 1 se načeloma država, v kateri je prenosna družba, odreče pravici obdavčenja stalne poslovne enote. Opravi lahko le korekcije za prej uveljavljane izgube. Ne glede na to ima država članica, ki uporablja sistem obdavčitve svetovnih dobičkov, v skladu z odstavkom 2 *pravico* obdavčitve dobička, ki nastane pri prenosu.

22. Vprašanj, ali, kdaj in v kakšni višini se izvede ta pravica do obdavčitve, pa člen 10(2) Direktive o združitvah – kot poudarja Komisija – ne ureja. Zlasti iz tega besedila ne izhaja nobena dolžnost, da Finska prenos stalne poslovne enote obdavči na tak način in v taki višini, temveč le upravičenje. V takem primeru mora nacionalni zakonodajalec pri prenosu sekundarnega prava v vsakem primeru upoštevati temeljne svoboščine.

4 Nazadnje ponovno v sodbah z dne 8. marca 2017, Euro Park Service (C-14/16, EU:C:2017:177, točka 19); z dne 12. novembra 2015, Visnapuu (C-198/14, EU:C:2015:751, točka 40); z dne 11. decembra 2003, Deutscher Apothekerverband (C-322/01, EU:C:2003:664, točka 64), in z dne 16. decembra 2008, Gysbrechts in Santurel Inter (C-205/07, EU:C:2008:730, točka 33), čeprav je bil v konkretnem primeru neobstoj vezanosti na primarno pravo vedno zavrnjen.

5 Sodbe z dne 2. septembra 2015, Groupe Steria (C-386/14, EU:C:2015:524, točka 39); z dne 18. septembra 2003, Bosal (C-168/01, EU:C:2003:479, točki 25 in 26); z dne 23. februarja 2006, Keller Holding (C-471/04, EU:C:2006:143, točka 45); z dne 12. decembra 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, EU:C:2006:774, točka 46); z dne 29. februarja 1984, REWE-Zentrale (37/83, EU:C:1984:89, točka 18), in z dne 26. oktobra 2010, Schmelz (C-97/09, EU:C:2010:632, točka 50).

6 Sodba z dne 5. oktobra 1978, Viola (26/78, EU:C:1978:172, točka 9/14).

7 Tako izrecno sodbi z dne 28. aprila 1998, Decker (C-120/95, EU:C:1998:167, točka 27), in z dne 28. aprila 1998, Kohll (C-158/96, EU:C:1998:171, točka 25) – „Okoliščina, da nek nacionalni ukrep morda ustreza neki določbi sekundarnega prava – tukaj členu 22 Uredbe št. 1408/71 – ne pomeni, da ga ni treba preizkusiti z vidika Pogodbe ES.“

B. Omejitev svobode ustanavljanja

23. Svoboda ustanavljanja v skladu s členom 43 Pogodbe ES v povezavi s členom 48 Pogodbe ES (zdaj člen 49 PDEU v povezavi s členom 54 PDEU) za državljane ene države članice na ozemlju druge države članice zajema pravico začeti in opravljati dejavnost kot samozaposlena oseba.[8] Čeprav je namen določb Pogodbe v zvezi s svobodo ustanavljanja, kot izhaja iz njihovega besedila, zagotoviti, da so državljani in družbe iz matične države članice v državi članici gostiteljici obravnavani enako kot državljani in družbe te države, obenem tudi prepovedujejo, da bi matična država članica enega od svojih državljanov ali družbo, ustanovljeno v skladu z njeno zakonodajo – posebej prek stalne poslovne enote[9] – ovirala pri ustanavljanju v drugi državi članici.[10] V davčnem pravu se postavlja vprašanje diskriminatornosti omejitve.

24. V skladu z ustaljeno sodno prakso je treba kot omejitve svobode ustanavljanja obravnavati vse ukrepe, ki prepovedujejo, otežujejo ali zmanjšujejo privlačnost uresničevanja te svoboščine.[11]

25. Nacionalni davčni predpis, če se obravnava ločeno, v obravnavanem primeru ne ovira vzpostavitve stalne poslovne enote v tujini. Vendar pa vodi čezmejna dejavnost nekega podjetja do tega, prvič, da pri kasnejšem prenosu tuje stalne poslovne enote na tujo družbo pride do obdavčitve. To se ne bi zgodilo, če bi bila stalna poslovna enota znotraj države. Z vidika kasnejših ukrepov prestrukturiranja in z njimi povezane obdavčitve je zato ustanovitev stalne poslovne enote znotraj države bolj privlačna možnost kot ustanovitev v tujini.

26. Drugič, upoštevati je treba, da del čezmejne gospodarske dejavnosti, ki jo ščitijo temeljne svoboščine, ni le ustanovitev stalne poslovne enote, temveč tudi njeno prenehanje. Prenos stalne poslovne enote na drugo podjetje vodi do tega, da se v tujini ne opravlja več nobena gospodarska dejavnost. Prenehanje te gospodarske dejavnosti se obdavči zgolj zaradi tega, ker je bila stalna poslovna enota v tujini prenesena na tujo družbo in ne na domačo družbo. Tudi glede tega ni mogoče zanikati čezmejne povezave. Prenehanje čezmejne dejavnosti s prenosom na tujo družbo je namreč urejeno manj privlačno kot prenehanje s prenosom na domačo družbo.

27. V skladu z ustaljeno sodno prakso obdavčitev skritih rezerv pri prenosu sedeža omejuje svobodo ustanavljanja, če do take obdavčitve nerealiziranega dobička ne pride v primeru znotraj ene države (to je v primeru spremembe sedeža znotraj države).[12]

28. V tem primeru je podobno. Z obdavčitvijo iz člena 52d(3) zakona 1733/1995 se skrite rezerve stalne poslovne enote (povečanje vrednosti sredstev, znižanje knjigovodske vrednosti z odloženim plačilom davkov zaradi amortizacije) obdavčijo, ne da bi davčni zavezanec prejel za to potrebno gotovino. Pri prenosu stalne poslovne enote znotraj države pa zaradi ohranitve knjigovodske vrednosti ne pride do obdavčitve. V tem primeru mora „pridobitelj“ (to je družba prejemnica) v nekem trenutku vsekakor plačati davek za ustvarjeno povečanje vrednosti.

8 Sodbe z dne 11. marca 2004, de Lasteyrie du Saillant (C-9/02, EU:C:2004:138, točka 40 in navedena sodna praksa); z dne 21. januarja 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, točka 38), in z dne 13. decembra 2005, SEVIC Systems (C-411/03, EU:C:2005:762, točka 18).

9 Tako izrecno že v sodbah z dne 17. julija 2014, Nordea Bank (C-48/13, EU:C:2014:2087, točka 18), in z dne 15. maja 2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, točki 19 in 20).

10 Sodbe z dne 21. januarja 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, točka 39); z dne 13. decembra 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, točka 31), in z dne 6. septembra 2012, Komisija/Portugalska (C-38/10, EU:C:2012:521, točka 25).

11 Sodbe z dne 29. novembra 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, točka 36); z dne 21. maja 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331, točka 34), in z dne 16. aprila 2015, Komisija/Nemčija (C-591/13, EU:C:2015:230, točka 56 in navedena sodna praksa).

12 Sodbe z dne 11. marca 2004, de Lasteyrie du Saillant (C-9/02, EU:C:2004:138, točka 46); z dne 29. novembra 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, točka 33); z dne 21. maja 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331, točka 35), in z dne 7. septembra 2006, N (C-470/04, EU:C:2006:525, točka 35).

29. Izstopa v tem primeru sicer ni izvedel davčni zavezanec sam, temveč je bil izveden s tem, da se je njegova stalna poslovna enota v tujini prenesla na tujo družbo. Vendar pa ima to enake pravne posledice, kot če bi se davčni zavezanec s sredstvi svoje domače stalne poslovne enote prej preselil v tujino. Do obdavčitve pride, tako kot pri „klasični“ izstopni obdavčitvi, samo zaradi dejstva, da ima po tem izključno davčno pristojnost glede sredstev stalne poslovne enote neka druga država članica.

30. Nacionalna ureditev v členu 52e(3) zakona 1733/1995 na koncu povzroči, da je z vidika kasnejših postopkov prenosa ustanovitev stalne poslovne enote v tujini manj privlačna kot ustanovitev znotraj države. To je v nasprotju – kot sta navedli Komisija in družba A Oy – tako s cilji Direktive o združitvah (glej uvodne izjave, v katerih je navedeno, da prenosov sredstev ne smejo ovirati omejitve) kot s svobodo ustanavljanja.

31. Omejitev svobode ustanavljanja je tako obstajala že ob odmeri davka [13] v letu 2006 in ne šele takrat, ko je davek zapadel v plačilo. Družba A Oy, ki svojo stalno poslovno enoto v tujini prenese na neko drugo (tuje) podjetje, je – za razliko od podobnih subjektov, ki stalne poslovne enote, ki so na domačem ozemlju, prenesejo na tuje družbe (ali stalne poslovne enote, ki so v tujini, na domače družbe) – pri odmeri davka in potem, ko davčna obveznost zapade v plačilo, z vidika likvidnosti v slabšem položaju.

C. Utemeljitev

1. Utemeljitev izstopne obdavčitve

32. Sodišče je že večkrat presodilo, da ima država članica v skladu z načelom davčne teritorialnosti pravico, da pri davčnih zavezancih s sedežem na njenem ozemlju v času izstopa obdavči nastali, vendar še nerealizirani kapitalski dobiček. [14]

33. Namen take ureditve je namreč preprečiti položaje, ki bi lahko posegali v pravico matične države članice, da izvršuje svojo davčno pristojnost v zvezi z dejavnostmi, ki se opravljajo na njenem ozemlju, in je torej lahko utemeljena z razlogi, povezanimi z ohranitvijo razdelitve davčne pristojnosti med državami članicami. [15] Pogoj pa je, da izstop dejansko ogroža davčno pristojnost države izstopa. To načeloma velja tedaj, kadar davčna pristojnost preneha. [16]

34. Davčna pristojnost ne preneha zgolj pri izstopu z ozemlja, temveč tudi kadar se stalna poslovna enota v tujini v okviru prenosa prenese na družbo, ki nima sedeža na domačem ozemlju. S to mislijo je bil – kot pravilno navajata Finska in Švedska – očitno sprejet tudi člen 10(2) Direktive o združitvah, ki v primeru obdavčitve svetovnih dohodkov državi članici, kjer je obdavčitev (nazadnje) možna, dovoljuje, da obdavči skrite rezerve (kapitalske dobičke).

13 Zapadlost davčne obveznosti v plačilo pa ni pomembna, kot sem navedla že v sklepnih predlogih v zadevi Trustees of the P Panayi Accumulation & Maintenance Settlements (C-646/15, EU:C:2016:1000, točka 59). Kajti na podlagi odmere davka davčni zavezanec že dolguje davek in je s tem obremenjen, tudi če davek še ni zapadel v plačilo. Izterjava davka je v tem pogledu le dokončanje omejitve.

14 Sodbe z dne 23. januarja 2014, DMC (C-164/12, EU:C:2014:20, točka 53 in navedena sodna praksa); z dne 29. novembra 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, točka 49); z dne 21. maja 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331, točki 44 in 45), ter z dne 7. septembra 2006, N (C-470/04, EU:C:2006:525, točka 46).

15 Sodbe z dne 13. decembra 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, točki 45 in 46); z dne 29. novembra 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, točka 45 in naslednje); z dne 21. maja 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331, točka 47), in z dne 21. januarja 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, točka 60).

16 Tako izrecno: sodbe z dne 21. maja 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331, točka 48); z dne 25. aprila 2013, Komisija/Španija (C-64/11, neobjavljena, EU:C:2013:264, točka 31), in z dne 23. januarja 2014, DMC (C-164/12, EU:C:2014:20, točka 60 in navedena sodna praksa).

35. Za razliko od klasične izstopne obdavčitve pa pri prenosu z dodelitvijo kapitalskih deležev v okvir davčne pristojnosti države izstopa seveda zdaj spadajo kapitalski deleži družbe prejemnice. Gre le za neke vrste zamenjavo sredstev (na strani aktive v bilanci). Člen 8(2), drugi pododstavek, Direktive o združitvah pri tem izrecno dovoljuje, da se obdavči dobiček, ki izhaja iz poznejšega prenosa prejetih vrednostnih papirjev. Skrite rezerve, ki bodo v bodoče nastale v stalni poslovni enoti ostajajo v tem smislu *posredno* v davčni pristojnosti Finske.

36. Davčna pristojnost glede kapitalskih deležev neke tuje družbe v tujini pa je *aliud* v primerjavi z davčno pristojnostjo glede sredstev neke tuje stalne poslovne enote. Prejeti kapitalski deleži so nekaj drugega kot sredstva stalne poslovne enote. Zato se možnost obdavčitve skritih rezerv, ki so nastale v stalni poslovni enoti, dokončno izgubi. S tem je utemeljen legitimen interes države članice, ki izgubi neposredno davčno pristojnost, do (zadnje) obdavčitve.

2. Sorazmernost omejitve

37. Omejitev mora biti tudi primerna za zagotavljanje uresničitve zadevnega cilja in ne sme presegati tega, kar je potrebno za dosego tega cilja – ki je v tem primeru ohranitev razdelitve davčne pristojnosti. [17]

a) Nujnost odloga plačila

38. Sodišče je tudi že večkrat odločilo, da je treba davčnemu zavezancu ob preselitvi dati možnost izbire med takojšnjim plačilom davka na eni strani in poznejšim plačilom navedenega davka, h kateremu se po potrebi prištejejo obresti v skladu z veljavno nacionalno ureditvijo, na drugi. [18] Sodišče je pri tem štelo, da je postopno pobiranje davka na skrite rezerve v petih letnih obrokih namesto takojšnjega pobiranja sorazmerno. [19] V finskem pravu pa take možnosti ni. Iz tega bi bilo mogoče sklepati, da gre pri finski ureditvi za nesorazmerno omejitev svobode ustanavljanja.

39. Temu, v nasprotju z mnenjem Finske in Švedske, ni mogoče ugovarjati z argumentom, da sodne prakse Sodišča v zvezi z izstopno obdavčitvijo ni mogoče uporabiti za obdavčitev prenosa stalne poslovne enote v zameno za kapitalske deleže družbe.

40. Prenos stalne poslovne enote v zameno za kapitalske deleže družbe je sicer – kot je pravilno poudarila Švedska – za razliko od navadnega izstopa, akt realizacije, ki načeloma vodi do razkritja in obdavčenja skritih rezerv. Vendar pa pri prenosu v zameno za kapitalske deleže družbe ne gre za pravo realizacijo vrednosti stalne poslovne enote zaradi prodaje, temveč zgolj za ukrep prestrukturiranja. Stalna poslovna enota se ne prodaja, temveč se prenaša na pravni subjekt, v katerem je sedaj udeležba višja, kot je bila prej. Namen Direktive o združitvah je ravno, da bi olajšala taka čezmejna prestrukturiranja.

17 Sodbe z dne 29. novembra 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, točka 42); z dne 12. septembra 2006, Cadbury Schweppes in Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, točka 47); z dne 13. decembra 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, točka 35); z dne 17. julija 2014, Nordea Bank (C-48/13, EU:C:2014:2087, točka 25); z dne 15. maja 2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, točka 27), in z dne 13. decembra 2005, SEVIC Systems (C-411/03, EU:C:2005:762, točka 23).

18 Sodbe z dne 21. maja 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331, točka 49); z dne 29. novembra 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, točke 56 in naslednje, 58, in 62), ter z dne 16. aprila 2015, Komisija/Nemčija (C-591/13, EU:C:2015:230, točka 67 in navedena sodna praksa).

19 Sodbi z dne 23. januarja 2014, DMC (C-164/12, EU:C:2014:20, točka 64), in z dne 21. maja 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331, točka 52).

41. Poleg tega se ne realizirajo nobena likvidna sredstva, ki so potrebna za plačilo davka, temveč prenosna družba zgolj pridobi kapitalske deleže v ustreznem obsegu v podjetju prejemniku. Ta okoliščina je tudi razlog, zakaj Finska tudi pri prenosih, ki niso čezmejni, kljub „realizaciji“ omogoča prestrukturiranje, ki je nevtralno s knjigovodskega vidika. Take opustitve obdavčenja v povsem notranjih primerih Direktiva o združitvah ne zahteva.

42. Tudi cilj direktive – olajšanje čezmejnih prestrukturiranj – je mogoče veliko bolj učinkovito doseči, če se čezmejna prestrukturiranja – če se sploh obdavčijo – ne obdavčijo takoj, temveč po obrokih v nekem daljšem obdobju.

43. Če država članica kljub „realizaciji“ pri prenosu stalne poslovne enote znotraj države ne zahteva obdavčenja prenosne družbe, potem zahteva po takojšnji obdavčitvi brez možnosti odloga plačila davka zaradi pomanjkanja likvidnih sredstev davčnega zavezanca v vsakem primeru ni najmilejše sredstvo, s katerim je mogoče upoštevati izgubo davčne pristojnosti države članice v primeru prenosa v tujini.

44. Postopno pobiranje davka čez več let omogoča tudi upoštevanje izgube davčne pristojnosti in bistveno zmanjšuje neenako obravnavanje (neobdavčitev v primeru znotraj države). Nazadnje, Sodišče je podobno odločilo – na kar je Komisija na obravnavi tudi opozorila – že v zvezi z različnimi ureditvami odloženega plačila v zvezi z realiziranimi dobički z namenom nadomestne pridobitve. [20]

45. Poleg tega je dejstvo, kot pravilno poudarja Komisija, da davčni dolžnik – drugače kot v primerih izstopa – ostaja ozemeljsko dostopen za davčnega upnika. Postopno obdavčenje v tem primeru ne povzroča administrativnih bremen, zaradi katerih bi bilo potrebno takojšnje obdavčenje. V tem primeru je zato – kot meni tudi Komisija – je rešitev ustrezna le, če se po eni strani izguba možnosti države za obdavčenje upošteva z možnostjo zadnje obdavčitve in se po drugi strani pomanjkanje likvidnih sredstev davčnega zavezanca upošteva z možnostjo postopnega plačevanja davka.

46. V nasprotju s stališčem družbe A Oy pa iz temeljnih svoboščin ne izhaja, da je treba obdavčitev nujno odložiti do „prave“ realizacije skritih rezerv. Ker do kasnejše realizacije, poleg tega s strani tretje osebe (družbe prejemnice), ne pride vedno – tako je na primer v primeru kasnejše izgube vrednosti ali prenehanja sredstev – in jo Finska tudi težko nadzoruje, tej neupravičeni zahtevi nasprotuje tudi načelo ohranitve razdelitve davčnih pristojnosti med državami članicami. To bi namreč vodilo do tega, da bi bilo treba upoštevati tudi kasnejše izgube, ki so nastale na območju, ki je izven lastne davčne pristojnosti. [21] Na podlagi teritorialnega načela v povezavi z načelom presečnega dne, ki je v davčnem pravu ključno, je obdavčenje skritih rezerv v trenutku izgube davčne pristojnosti tudi brez realizacije skritih rezerv – poleg tega s strani tretje osebe – dopustno. Načelo sorazmernosti nasprotuje zgolj takojšnjemu obdavčenju.

b) Sorazmernost zaradi odbitka fiktivnega davka?

47. Tega zaključka v finskem pravu in členu 10(2) Direktive o združitvah določeni odbitek fiktivnega tujega davka v ničemer ne spremeni. Ta odbitek učinkuje namreč „samo“ na višino davčnega bremena v čezmejnem primeru. To breme lahko ustreza tudi celotni davčni stopnji, če v državi prejemnici ni obdavčitve. Davčno breme bi se odmerilo po nižji davčni stopnji, če bi bil davek, ki ga je treba odbiti (fiktivni davek), nižji, ali sploh ne bi bilo obdavčitve, če bi bil davek, ki ga je treba odbiti (fiktivni davek), višji ali enako visok.

20 Sodba z dne 16. aprila 2015, Komisija/Nemčija (C-591/13, EU:C:2015:230, točka 71 in naslednje).

21 Sodišče je to izhodišče – neobstoj obveznosti upoštevanja izgub – večkrat potrdilo v svojih novejših sodbah v zvezi z izstopno obdavčitvijo (glej sodbi z dne 21. maja 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331, točka 43 in naslednje), in z dne 29. novembra 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, točka 56 in naslednje). Poleg tega glej tudi moje sklepne predloge v zadevi Trustees of the P Panayi Accumulation & Maintenance Settlements (C-646/15, EU:C:2016:1000, točka 61 in naslednje).

48. Tak odbitek tujega davka „zgolj“ preprečuje – kot Finska in Švedska sami navajata – morebitno dvojno obdavčitev. Kršitev pa se ne nanaša na dvojno obdavčitev. Pravo Unije dvojne obdavčitve ne prepoveduje.[22] Če pa dvojna obdavčitev ni vprašanje prava Unije in tako tudi ne temeljnih svoboščin, pa obratno tudi izognitev dvojni obdavčitvi ne more vplivati na utemeljenost omejitve neke temeljne svoboščine.

49. To velja zlasti, če z odbitkom neenako obravnavanje čezmejnega primera v primerjavi z notranjim primerom ni zmanjšano. Neenako obravnavanje, ki ga je treba utemeljiti, ni samo v višini obdavčitve (ali davčne stopnje), temveč v *takojšnji obdavčitvi* prenosne družbe v čezmejnem primeru v primerjavi z *neobdavčitvijo* v tako imenovanem notranjem primeru.[23]

50. Zato člen 10(2) Direktive o združitvah ne določa nižje davčne stopnje od „normalne“, temveč opredeljuje normalno davčno stopnjo, ki jo lahko države članice poberejo v čezmejnem primeru. Ta davčna stopnja je za razliko od siceršnjih spremenljiva in je odvisna od različnih elementov (izračun fiktivnega tujega davka). Kdaj se ta davčna stopnja določi, pa Direktiva o združitvah – kot je bilo navedeno zgoraj v točkah 21 in 22 – ne določa. Vendar pa je mogoče to izpeljati iz zgoraj navedene sodne prakse Sodišča v zvezi z izhodno obdavčitvijo.

51. Kadar v primerljivem notranjem primeru ni obdavčitve ukrepov prestrukturiranja, je z vidika ohranjanja davčne pristojnosti pri ukrepih prestrukturiranja v čezmejnih primerih enako primerno in milejše sredstvo odloženo plačilo ali postopno odplačevanje (po potrebi prilagojenega) davka.

52. To v tem primeru velja toliko bolj, ker se na podlagi člena 8(2) Direktive o združitvah – drugače kot v primerih klasične izstopne obdavčitve – ohrani celo posredna davčna pristojnost glede prihodnjih povečanj vrednosti stalne poslovne enote. V primerih, ko se ohranja posredna udeležba pri nadaljnjih spremembah vrednosti, pa je treba ugotoviti, da je takojšnja obdavčitev (po določeni davčni stopnji) še manj sorazmerna kot pri izstopu, pri katerem se izgubijo vse povezave s predmetom obdavčenja.

53. Pri tem gre torej še vedno za neutemeljeno omejitev svobode ustanavljanja. Vendar pa mora predložitveno sodišče preizkusiti, ali se je mogoče neskladnosti nacionalne ureditve s pravom Unije izogniti z razlago, ki je skladna s pravom Unije, tako da bi bil na podlagi finskega prava o davčnem postopku možen zahtevek za postopno odplačevanje davka.

VI. Predlog

54. Zato predlagam, naj se na vprašanja za predhodno odločanje, ki jih je predložilo des Helsingin hallinto-oikeus (upravno sodišče v Helsinkih, Finska) odgovori tako:

Člen 43 Pogodbe ES v povezavi s členom 48 Pogodbe ES (sedaj člen 49 PDEU v povezavi s členom 54 PDEU) nasprotuje nacionalni ureditvi, ki je bila sprejeta z namenom prenosa člena 10(2) Direktive 90/434/EGS, ki določa, da se le v čezmejnem primeru takoj obdavči prenos tuje stalne poslovne enote na tujo družbo, za primer notranjega prenosa pa to ne velja. Pri tem odbitek fiktivnega tujega davka ne spremeni ničesar, saj ta preprečuje le dvojno obdavčenje, ne pa takojšnje obdavčitve.

22 Glej sodbe z dne 15. aprila 2010, CIBA (C-96/08, EU:C:2010:185, točka 27 in naslednje); z dne 16. julija 2009, Damseaux (C-128/08, EU:C:2009:471, točka 26 in naslednje), in z dne 12. februarja 2009, Block (C-67/08, EU:C:2009:92, točki 30 in 31), ter sklepne predloge generalnega pravobranilca Y. Bota v zadevi Glaxo Wellcome (C-182/08, EU:C:2009:438, točka 58 in naslednje).

23 To pomeni, da je stalna poslovna enota v domači državi ali da je družba prejemnica domača družba.