SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA L. A. GEELHOEDA, predstavljeni 29. junija 2006[1]

I – Uvod

1. Obravnavani primer, predhodna odločba High Court of Justice of England and Wales, zadeva združljivost tako imenovanih pravil „podkapitalizacije“ (thin cap) Združenega kraljestva, ki so bila večkrat spremenjena in s katerimi Združeno kraljestvo omejuje odbitnost plačil obresti, ki so jih plačale odvisne družbe Združenega kraljestva matičnim ali drugim družbam v skupini, ki nimajo sedeža v Združenem kraljestvu, z določbami Pogodbe o prostem pretoku.

2. Zadeva ponovno sproža vprašanje združljivosti z določbami prostega pretoka nacionalne neposredne zakonodaje „proti zlorabam“, kot je bilo postavljeno zlasti v sodbi Lankhorst-Hohorst iz leta 2002 (ki zadeva nemška pravila podkapitalizacije) in še nerešeni zadevi Cadbury Schweppes (ki zadeva nadzorovana pravila Združenega kraljestva za tuje korporacije).[2] Vendar na podlagi sodbe Lankhorst-Hohorst omejitve dovoljenih omejitev podkapitalizacije niso bile popolnoma jasne in so pripeljale nekatere države članice – vključno z Združenim kraljestvom in Nemčijo – do tega, da so razširile zakonodajo glede podkapitalizacije na domača plačila v skupinah, čeprav v izključno domačih razmerah ni mogoče nobeno tveganje „zlorabe“. Iz teh razlogov in ker se sporna pravila razlikujejo v pomembnih pogledih od nemške zakonodaje, ki je bila izpodbijana v sodbi Lankhorst-Hohorst, ta zadeva potrebuje nov pogled na vprašanje.

1 – Jezik izvirnika: angleščina.

2 – Sodba z dne 12. decembra 2002 v zadevi Lankhorst-Hohorst (C-234/00, Recueil, str. I-11779); še nerešena zadeva Cadbury Schweppes (C-196/04; glej sklepne predloge generalnega pravobranilca P. Légerja, predstavljene v tej zadevi 2. maja 2006).

II – Pravni okvir

A – *Veljavno pravo Združenega kraljestva*

1. Okvir in bistvo pravil „thin cap“

3. Obstajata dve glavni sredstvi korporacijskega financiranja: dolžniško in lastniško. Številne države članice razlikujejo ti sredstvi financiranja pri neposredni davčni obravnavi. Pri dolžniškem financiranju je družbam na splošno dovoljeno odšteti plačila obresti posojil za namene izračunavanja obdavčljivih dobičkov (to je pred obdavčenjem) na podlagi tega, da so to tekoči odhodki, nastali pri izvajanju poslovnih dejavnosti. Vendar pri lastniškem financiranju družbam ni dovoljeno odšteti razdelitev delničarjem od dobička pred obdavčenjem; dividende so namreč izplačane iz obdavčenega dobička.

4. Ta razlika pri davčni obravnavi pomeni, da je lahko v okviru korporacijske skupine koristno za matično družbo, če financira eno članico skupine s posojili in ne lastniško. Davčna spodbuda za tako ravnanje je zlasti očitna, če je odvisna družba na območju, ki ima sorazmerno „visoko obdavčenje“, medtem ko je matična družba (ali dejansko vmesna družba v skupini, ki priskrbi posojilo) na območju, ki ima nižje obdavčenje. V takih okoliščinah se lahko, kar je v temeljni naložbi v lastniške instrumente, prikaže v obliki dolga zato, da je davčna obravnava ugodnejša. Ta pojav se imenuje „podkapitalizacija“. Tako lahko matična družba s prirejanjem načina, s katerim se priskrbi kapital, dejansko izbere, kje naj bo dobiček obdavčen.

5. Številne države, ki razumejo podkapitalizacijo kot zlorabo, so izvedle ukrepe, da bi preprečile to zlorabo. Ti ukrepi večinoma določajo, da se posojila, ki izpolnjujejo opredeljena merila, štejejo za davčne namene kot prikrit lastniški kapital. To pomeni, da so plačila obresti prekvalificirana v razdelitev dobička, tako da odvisna družba ne more odšteti celotnega plačila ali dela plačila obresti od obdavčljivega dohodka in da je plačilo predmet katerih koli veljavnih pravil o obdavčitvi dividend. [3]

3 – V Skupnosti Direktiva Sveta (EGS) št. 90/435 z dne 23. julija 1990 o skupnem sistemu obdavčitve matičnih družb in odvisnih družb iz različnih držav članic (UL L 225, str. 6) prepoveduje zaračunavanje pri viru odtegnjenega davka na dividende, ki jih je izplačala odvisna družba matični družbi.

2. Pravila Združenega kraljestva, veljavna do leta 1995

6. Na podlagi člena 209(2)(d) Income and Corporation Taxes Act 1988 (zakona o dohodnini in davkih od dobička pravnih oseb iz leta 1988, v nadaljevanju: ICTA) je bilo treba kakršne koli obresti, ki jih je družba plačala za posojilo, ki so pomenile več kot razumen gospodarski donos posojila, šteti za razdelitev dobička, če so presegle tak donos. [4] To pravilo je veljalo, ne glede na to, ali je bilo plačilo nakazano posojilodajalcu rezidentu ali nerezidentu. To je pomenilo, da presežni znesek ni bil odbitni kot obresti pri izračunavanju obdavčljivega dobička družbe, ampak se je upošteval kot razdelitev, plačana iz dobička po obdavčitvi. Dejstvo, da so bile obresti upoštevane kot razdelitev, je tudi pomenilo, da je bila družba zavezana plačilu akontacije davka od dobička pravnih oseb („ACT“) pri izvedbi plačila. [5]

7. Na podlagi členov 209(2)(e)(iv) in (v) ICTA so se kakršne koli obresti, ki še niso bile obravnavane kot razdelitev po členu 209(2)(d), plačane kateremu koli posojilodajalcu nerezidentu Združenega kraljestva, ki je bil član iste skupine podjetij (kakor je opredeljeno), obravnavale kot razdelitev. Zlasti je ta člen veljal za posojila, ki jih je odobrila družba nerezidentka Združenega kraljestva družbi rezidentki Združenega kraljestva, ki je bila 75-odstotno odvisna družba družbe posojilodajalke, ali kjer sta bili obe družbi 75-odstotno odvisni družbi tretje družbe, nerezidentke Združenega kraljestva. Zato so bila po pravilih Združenega kraljestva, veljavnih do leta 1995 – brez upoštevanja učinka veljavnih dvostranskih sporazumov o dvojnem obdavčevanju (SDO), ki jih opisujem spodaj –, plačila obresti, ki jih je izvedla družba rezidentka Združenega kraljestva drugi članici skupine nerezidentki (kakor je opredeljeno), vedno obravnavana kot razdelitev, čeprav so obresti pomenile razumen gospodarski donos na posojilo.

8. Določbe nekaterih SDO, ki jih je sklenilo Združeno kraljestvo, so preprečile uporabo zgoraj navedenih pravil iz člena 209 ICTA in zagotovile, da so bile obresti za davčne namene v nekaterih okoliščinah priznane kot odbitek od dobička. Take ureditve so učinkovale kljub nasprotnim določbam v domači zakonodaji Združenega kraljestva. [6] Medtem ko se besedilo določb v teh SDO razlikuje, nacionalno sodišče v predložitveni odločbi navaja, da se lahko na široko šteje, kot da spadajo v dve skupini.

4 – Medtem ko se pogoji ICTA in njegove dopolnitve na splošno nanašajo na dodelitev vrednostih papirjev posojilodajalcu od posojilojemalca in ne na uporabo jezika pri izposojanju s posojilom, se bom v zadevnih sklepnih predlogih zaradi preprostega izražanja skliceval na posojilo, ki ga je posojilojemalcu odobril posojilodajalec.

5 – Člen 14 ICTA.

6 – Člen 788(3) ICTA.

9. Prva skupina določb se osredotoča na to, ali so obresti poslovne ob upoštevanju zneska dolga. Ne preučujejo, ali je znesek dolga sam po sebi trgovinski. Take določbe so npr. v SDO Luksemburga, Japonske, Nemčije, Španije in Avstrije. Tako na primer člen 11(7) SDO med Združenim kraljestvom in Luksemburgom določa, da „kadar zaradi posebnega odnosa med plačnikom in prejemnikom ali med njima in katero drugo osebo znesek plačanih obresti ob upoštevanju terjatve, za katero je plačan, presega znesek, ki bi bil dogovorjen med plačnikom in prejemnikom, če ne bi bilo takega odnosa […] se presežni del plačil še naprej obdavčuje po zakonu vsake države pogodbenice, pri čemer je treba upoštevati druge določbe tega sporazuma."

10. Druga skupina določb zajema splošnejše preučevanje, ali znesek obresti iz kakršnega koli razloga presega znesek, ki bi bil plačan na osnovi tega, da ni posebnih razmerij. To je zajemalo podatek, ali znesek samega posojila presega znesek, ki bi bil posojen na osnovi tega, da ni posebnih razmerij. Take določbe so na primer v SDO Združenih držav, Irske, Švice, Danske, Francije in Italije. Tako na primer člen 11(5) SDO med Združenim kraljestvom in Združenimi državami določa, da „kadar zaradi posebnega odnosa med plačnikom in osebo, ki pridobi obresti, ali med njima in katero drugo osebo znesek obresti iz kakršnega koli razloga presega znesek, ki bi bil plačan, če ne bi bilo takega odnosa […] se presežni del plačil še naprej obdavčuje po zakonu vsake države pogodbenice, pri čemer je treba upoštevati druge določbe tega sporazuma."

11. Širše področje uporabe druge skupine določb SDO potrjuje člen 808A(2) ICTA,[7] ki določa, da je pri ugotavljanju, ali tak „poseben odnos" obstaja, treba upoštevati vse dejavnike, vključno s tem, ali bi bilo posojilo sploh dano, koliko bi bilo posojeno in stopnjo obresti, če ne bi bilo takega odnosa. Glede obeh skupin SDO člen 808A(3) določa, da se določba o posebnem odnosu razlaga tako, da od davkoplačevalca zahteva, da dokaže, da ni nobenega posebnega odnosa oziroma (glede na konkretni primer) da izkaže znesek obresti, ki bi bil plačan, če ne bi bilo takega posebnega odnosa. Te določbe veljajo za obresti, plačane po 14. maju 1992.

7 – Vstavljeno s členom 52 Finance Act (št. 2) 1992 (finančni zakon iz leta 1992).

3. Spremembe iz leta 1995

12. Določbe člena 209(2)(e)(iv) in (v) ICTA so bile črtane s Finance Act 1995 (finančni zakon iz leta 1995) in zamenjane s členom 209(2)(da) ICTA, ki je v bistvu določal, da se obresti, izplačane med članicami skupin (kakor so opredeljene), ki so presegle znesek, ki bi bil plačan na podlagi tega, da ni posebnih razmerij [8], štejejo za izplačilo. Ta člen velja, kadar je posojilojemalec 75-odstotno odvisna družba posojilodajalca ali sta oba 75-odstotno odvisni družbi tretje družbe.

13. Po členu 212(1) in (3) ICTA (kakor je bil spremenjen), člen 209(da) ICTA ne velja, če sta plačnik in prejemnik obresti zavezana plačilu davka od dohodkov pravnih oseb v Združenem kraljestvu.

štejejo za razdelitve. Navedena so kot: primerna raven celotne zadolženosti posojilojemalca; ali se lahko pričakuje, da bosta posojilojemalec in določena oseba postala stranki v transakciji, ki povzroči vprašanje zavarovanja družbe izdajateljice ali glede dajanja posojila oziroma posojila v določenem znesku tej družbi; ter stopnja obresti in drugi pogoji, za katere se lahko pričakuje, da bodo veljali v kakršnem koli posameznem primeru take transakcije. Člen 209(8A) skupaj s členom 209 od (8D) do (8F) določa obseg, v katerem se lahko družbe povezujejo v skupine, za namene presoje ravni njihovega izposojanja na konsolidirani osnovi. Bistveno je, da pravila ne dovoljujejo take konsolidacije ločenih podskupin iz Združenega kraljestva, ki so del širše tuje skupine: zmožnost izposojanja vsake podskupine iz Združenega kraljestva se upošteva samostojno. [9]

4. Spremembe iz leta 1998

14. Člen 209(8B) opredeljuje merila za uporabo pri določanju, ali se plačila obresti

15. Priloga 28AA ICTA, ki jo je uvedel Finance Act 1998 (finančni zakon iz leta

8 – Člen velja, kjer je celotno posojilo ali njegov del „znesek, ki ne bi bil plačan drugi družbi, če bi družbi bili taki, med katerima (razen glede zadevnih vrednostnih papirjev) ni nobenega odnosa, dogovorov ali druge povezave (bodisi formalnih ali neformalnih), razen toliko, kolikor kakršno koli tako izplačilo ne pomeni takega zneska ali pa je izplačilo na podlagi odstavka (d) zgoraj ali znesek, ki pomeni glavnico, zavarovano z vrednostnimi papirji“ (člen 209(2)(da)(ii)).

9 – Člen 209(8A)(b) določa, da se pri ugotavljanju, ali dejavniki pri razvrščanju med izplačila, določeni v členu 209(8B) veljajo, nikakor ne sme upoštevati kakršnega koli odnosa, dogovorov ali povezav (ki niso med posojilojemalcem in posojilodajalcem) med posojilojemalcem in katero koli osebo, če ta oseba (i) ni ustrezno povezana (kot opredeljeno v členu 209(8C)) s posojilojemalcem in (ii) je družba, ki je članica iste skupine iz Združenega kraljestva (kot opredeljeno v členu 209(8D)) kot posojilojemalec.

1998), določa podroben kodeks pravil glede transfernih cen, ki veljajo tudi za plačila obresti. Pravila glede transfernih cen veljajo, kadar 1. se med dvema družbama pod skupnim nadzorom „izvaja transakcija“ ali vrsta transakcij. V te namene nadzor vključuje neposredno in posredno udeležbo pri upravljanju, nadzoru ali kapitalu katere koli zadevne družbe; [10] 2. se pogoji izvedbe razlikujejo od pogojev, kakršni bi bili, če družbi ne bi bili pod skupnim nadzorom; in 3. izvedba povzroči morebitno prednost ene od prizadetih oseb glede davka Združenega kraljestva. V takem primeru se dobiček in izguba oseb, ki imajo morebitno prednost, „izračuna v davčne namene, kakor da je določba o tem, da ni posebnih razmerij, izpolnjena oziroma uvedena namesto dejanske določbe.“ [11]

16. Za določbo je veljalo mnenje, da ne daje eni od prizadetih oseb morebitne prednosti tam, kjer je bila, *inter alia*, druga stranka v transakciji zavezana obračunu davka od dohodka pravnih oseb Združenega kraljestva in kjer so bili izpolnjeni nekateri drugi pogoji. Ti pogoji so zahtevali, da 1. oseba ni bila upravičena do oprostitve dohodnine ali davka od dohodkov pravnih oseb glede (dela) dohodka ali dobička, za katerega je zavezana temu plačilu; [12] 2. kjer je ta oseba bila zavezana plačilu davka od dohodka ob upoštevanju dobička, ki je izhajal iz teh dejavnosti, in je bila rezident Združenega kraljestva v obračunskih obdobjih, v katerih je zavezana temu plačilu; [13] 3. oseba ni bila upravičena [14] do tega, da bi se ji priznal odbitek v katerem koli obračunskem obdobju za kateri koli tuji davek na dobiček ali v skladu z njim, izhajajočim iz upoštevnih dejavnosti, niti ne bi bila upravičena v katerem koli takem obdobju, če bi nastali kakršni koli taki dobički oziroma če bi dobiček presegel določen znesek; [15] in 4. znesek, ki se upošteva pri izračunu dobička in izgube iz upoštevnih dejavnosti te osebe, v katerem koli obračunskem obdobju ni vključeval kakršnega koli dohodka, katerega znesek je bil znižan po členu 811(1) ICTA (odbitek tujega davka, kjer ni dovoljen noben odbitek davka).

17. To pravilo je spremenil Finance Act 2004 (finančni zakon iz leta 2004), tako da velja, kadar sta obe stranki v transakciji zavezani plačilu davka Združenega kraljestva.

10 – Priloga 28AA(1)(1)(b).

11 – Priloga 28AA(1)(2). Po prilogi 28A8(5) TA je bila ta zahteva v posamičnem primeru izpolnjena, kadar je bila posledica postavljanja oziroma uvajanja določbe, da se za to osebo zmanjša znesek dobička, podvrženega plačilu davka v katerem koli obračunskem obdobju in/ali zviša znesek izgube v katerem koli obračunskem obdobju.

12 – Priloga 28AA(5)(3)(b) k ICTA.

13 – Priloga 28AA(5)(3)(c) k ICTA.

14 – Na podlagi kakršnih koli ureditev dvojnega obdavčevanja po členu 790(1) ICTA.

15 – Priloga 28AA(5)(4) k ICTA.

III – Dejansko stanje, kot izhaja iz predložitvene odločbe

A – *Lafarge Group: upoštevna dejstva*

18. Spor vrste „group litigation“ na podlagi podkapitalizacije (Thin Cap group litigation) zadeva zahtevke za vračilo in/ali nadomestilo za davčne neugodnosti in druge škodljive davčne učinke, ki nastanejo zaradi ureditve Združenega kraljestva v zvezi s podkapitalizacijo, ki je navedena zgoraj. Ti zahtevki so bili predloženi High Court of Justice of England and Wales po sodbi Sodišča Lankhorst-Hohorst, v kateri je bilo razsojeno, da so takratna nemška pravila za podkapitalizacijo v nasprotju s členom 43 ES.[16] Za namen te predhodne odločbe so bile izbrane vzorčne zadeve, ki zastopajo različne strukture družbe, o katerih so se dogovorile stranke. Vse vzorčne zadeve vključujejo odvisno družbo rezidentko Združenega kraljestva, ki je v vsaj 75-odstotni neposredni ali posredni lasti matične družbe nerezidentke Združenega kraljestva, v okoliščinah, v katerih je bodisi matična družba odobrila posojilo posojilojemalki ali pa je druga družba nerezidentka Združenega kraljestva, ki je tudi v 75-odstotnem deležu odvisna neposredno ali posredno od matične družbe, odobrila posojilo posojilojemalki. Zato predložena vprašanja temeljijo na dejstvih ene zadevne transakcije ene vzorčne zadeve – zadeve Lafarge Group – in načinu, kako se druge vzorčne zadeve od nje ustrezno razlikujejo.

19. Lafarge SA, družba v državni lasti s sedežem v Franciji, je vrhovna matična družba multinacionalne skupine družb, ki proizvajajo gradbeni material. Upoštevni člani skupine Lafarge za namene te zadeve so: 1. Financière Lafarge SA (družba posojilodajalka), ki ima sedež v Franciji in je posredno odvisna družba v popolni lasti matične družbe Lafarge SA; in 2. Lafarge Building Materials Limited, rezidentka Združenega kraljestva, ki je vrhovna krovna družba za večino odvisnih družb v okviru Lafarge Group, rezidentk Združenega kraljestva, in ki je tudi sama neposredno odvisna družba Financière Lafarge.[17] Zahtevek zadeva tudi nadaljnjih 9 družb tožnic v Lafarge Group, ki so vse rezidentke Združenega kraljestva in neposredno ali posredno odvisne družbe Lafarge Building Materials (ki je v vseh primerih imela v lasti več kot 50 % osnovnega kapitala v teh družbah).

20. Decembra 1997 je Lafarge Group pridobila delnice družbe rezidentke Združenega kraljestva Redland plc. Za financiranje te pridobitve je Financière Lafarge imela na voljo različne kredite – za katere je na koncu jamčila Lafarge SA – zunanjih bankirjev družbi

16 – Sodba Lankhorst-Hohorst, navedena v opombi 2.

17 – V vseh upoštevnih časih je Financière Lafarge imela v lasti več kot 75 % izdanih delnic Lafarge Building Materials.

Lafarge Group, kar ji je omogočilo odobriti posojilo družbam v celotni skupini ali iz katerih so pooblaščene odvisne družbe lahko neposredno črpale sredstva. Natančneje, za financiranje pridobitve družbe Redland je Financière Lafarge odobrila kratkoročno posojilo družbi Lafarge Building Materials, ki je nato odobrila podobno posojilo naslednjemu subjektu Lafarge Group, Minerals UK. V celoti je to posojilo (tj. po Financière Lafarge in Lafarge Building Materials) financiralo približno 50 % cene pridobitve delnic družbe Redland, preostanek pa je Mineral UK financiral z neposrednim črpanjem kreditov Lafarge Group pri zunanjih bankirjih. Večina teh neposrednih črpanj je bila odplačana leta 1998 s posojili, ki jih je odobrila Lafarge SA družbi Minerals UK po refinanciranju svojih zunanjih kreditov, ki sta ga izvedli Lafarge SA in Financière Lafarge z izdajo obveznic, da bi pridobili boljše pogoje financiranja.

takrat odobrenega zneska v lastniški delež. To so dosegli z izdajo dodatnega osnovnega kapitala v Lafarge Building Materials družbam v skupini Lafarge Group – pri čemer je večino delnic pridobila Financière Lafarge. Plačilo teh družb za te delnice je bilo nato pobotano z dolgom družbe Lafarge Building Materials do družbe Financière Lafarge v istem znesku.

21. Na podlagi nasveta davčnih svetovalcev v Združenem kraljestvu po dokončani pridobitvi družbe Redland, da bi davčni organi v Združenem kraljestvu vsaj del obresti, ki jih je Lafarge Building Materials plačala za ta posojila, upoštevali kot razdelitev zaradi utemeljitve v členu 209(2)(da) ICTA, je Lafarge Group zmanjšala zadolženost družbe Lafarge Building Materials do Financière Lafarge okoli marca 1998 s pretvorbo okoli 75 %

22. Marca 1999 je UK Inland Revenue začel poizvedbe o pridobitvi družbe Redland. Inland Revenue ni sprejel stališča Lafarge, da bi zunanja banka običajno posodila podobna predplačila pod podobnimi pogoji, kot so med Financière Lafarge in Lafarge Building Materials ter med Minerals UK in Lafarge SA, in je trdil, da bi del obresti moral biti opredeljen kot razdelitev v skladu z utemeljitvijo iz člena 209(2)(da) ICTA. Po srečanjih med Inland Revenue in svetovalci Lafarge je bilo doseženo soglasje, da so bila nekatera plačila obresti, ki jih je Financière Lafarge plačal Lafarge Building Materials in Minerals UK Lafarge SA, prekvalificirana v razdelitev, zlasti če je navedeno razmerje celotnega neto dolga v razmerju do poslovnih prihodkov pred obdavčitvijo preseglo določene prage.

B – *Druge tožeče stranke v okviru vzorčnih zadev: upoštevna dejstva*

23. Druge vzorčne zadeve, izbrane za namene te predhodne odločbe, zadevajo naslednje skupine družb.

24. Prva dodatna vzorčna zadeva se ukvarja s skupino Volvo, katere upoštevni subjekti za namene te zadeve zajemajo 1. AB Volvo, matično javno delniško družbo, rezidentko Švedske; 2. Volvo Treasury AB, družbo rezidentko Švedske in odvisno družbo v neposredni popolni lasti AB Volvo; 3. Volvo Truck and Bus Limited, družbo rezidentko Združenega kraljestva in odvisno družbo v posredni popolni lasti AB Volvo po vmesnih družbah rezidentkah Švedske in Nizozemske; 4. VFS Financial Services (UK) Limited, družbo rezidentko Združenega kraljestva in odvisno družbo v posredni popolni lasti AB Volvo po vmesnih družbah rezidentkah Švedske. Zlasti se vzorčne zadeve ukvarjajo z denarnimi sredstvi, ki jih je Volvo Treasury odobril Volvo Truck and Bus oktobra 1999 v okviru posojilne pogodbe. V okoliščinah, podobnih kot pri Lafarge Group, ki so navedene zgoraj, je bil del tega dolga pretvorjen v lastniški delež v Volvo Truck and Bus decembra 1999. Skupina Volvo je sklenila dogovor z Inland Revenue glede pogojev, pod katerimi plačila obresti ne bi bila prekvalificirana v razdelitev v letu 2000.

25. Druga dodatna vzorčna zadeva se ukvarja s PepsiCo Group, katere upoštevni subjekti za namene te zadeve zajemajo 1. PepsiCo Inc, matično družbo rezidentko Združenih držav; 2. PepsiCo Finance Europe Limited, družbo, registrirano v Združenem kraljestvu, in rezidentko v Luksemburgu, ki je opravljala dejavnost v Švici po podružnici in je bila odvisna družba v posredni popolni lasti PepsiCo Inc po vmesnih krovnih družbah rezidentkah Irske in drugih tretjih držav; 3. PepsiCo Holdings, družba rezidentka Združenega kraljestva, ki je bila odvisna družba v posredni popolni lasti PepsiCo Inc po vmesnih družbah rezidentkah držav članic in tretjih držav. Od leta 1999 je PepsiCo Finance Europe odobrila posojila po švicarski podružnici PepsiCo Holdings, za katera je plačilo obresti urejal SDO med Združenim kraljestvom in Luksemburgom iz leta 1968.

26. Tretja in četrta vzorčna zadeva se ukvarjata s Caterpillar Group, ki je predložila zahtevke, ki so bili upoštevani kot dva različna tipa vzorčnih zadev.

27. Za namene tretje dodatne vzorčne zadeve upoštevni subjekti Caterpillar Group zajemajo 1. Caterpillar Inc, matično družbo

rezidentko Združenih držav; 2. Caterpillar International Finance plc, družbo rezidentko Irske in odvisno družbo v posredni popolni lasti Caterpillar Inc po vmesnih krovnih družbah rezidentkah Združenega kraljestva ali Združenih držav (katerih krovne družbe vključujejo družbo rezidentko Združenih držav Caterpillar Financial Services Corporation); 3. Caterpillar Financial Services (UK) Ltd, družbo rezidentko Združenega kraljestva in odvisno družbo v posredni popolni lasti Caterpillar Inc po vmesnih krovnih družbah rezidentkah Združenega kraljestva in Združenih držav, katerih krovne družbe vključujejo Caterpillar Financial Services Corporation. Naj poudarim, da je Caterpillar International Finance odobril posojilo družbi Caterpillar Financial Services (Združeno kraljestvo), obresti za to posojilo je urejal SDO med Združenim kraljestvom in Irsko iz leta 1976.

28. Za namene četrte dodatne vzorčne zadeve, upoštevni subjekti Caterpillar Group zajemajo 1. Caterpillar Inc; 2. Caterpillar Overseas SA, družbo rezidentko Švice in odvisno družbo, glede na sporno časovno obdobje v bodisi neposredni ali posredni popolni lasti Caterpillar Inc (v obdobjih, ko je bila družba posredno odvisna družba, so bile vmesne krovne družbe rezidentke Združenih držav); 3. Caterpillar Peterlee Limited, družba rezidentka Združenega kraljestva in odvisna družba v posredni popolni lasti Caterpillar Inc po vmesnih krovnih družbah rezidentkah Združenega kraljestva. Naj poudarim, da je Caterpillar Overseas odobril posojilo družbi Caterpillar Peterlee, obresti za to posojilo je urejal SDO med Združenim kraljestvom in Švico iz leta 1977.

IV – Vprašanja za predhodno odločanje in postopek pred Sodiščem

29. Po soglasju glede dejstev vzorčnih zadev je bil postopek v glavni stvari 21. decembra 2004 prekinjen, Sodišču pa so bila predložena ta vprašanja:

„1. Ali je v nasprotju s členi 43 ES, 49 ES ali 56 ES, da država članica (‚država družbe posojilojemalke') ohranja v veljavi in uporablja take določbe, kot so določbe členov 209 in 212 ter Priloge 28AA ICTA 1988 (‚nacionalne določbe'), ki omejujejo možnost družbe rezidentke te države članice (‚družba posojilojemalka'), da za davčne namene odbije obresti, ki jih je neposredni ali posredni matični družbi rezidentki druge države članice plačala pri vračilu posojila, medtem ko za družbo posojilojemalko ne bi veljale take omejitve, če bi bila matična družba rezidentka države družbe posojilojemalke?

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

a) če po.sojila ne zagotovi matična družba družbe posojilojemalke, temveč druga družba (‚družba posojilodajalka‘) iz iste skupine družb, ki ima z družbo posojilojemalko skupno neposredno ali posredno matično družbo in sta obe, ta skupna matična družba in družba posojilodajalka, rezidentki drugih držav članic kot družba posojilojemalka;

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

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

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

3. Ali bi bila odgovora na prvo in drugo vprašanje drugačna, če bi bilo mogoče dokazati, da so posojila pomenila zlorabo pravic ali da so bila del umetnega konstrukta, namenjenega neupoštevanju davčne zakonodaje države članice družbe posojilojemalke? Če bi bilo tako, katere bi bile po mnenju Sodišča v takih primerih, kakršni so v postopku v glavni stvari, primerne usmeritve za ugotavljanje, kaj pomeni zlorabo ali umetni konstrukt?

4. Če gre za omejitev pretoka kapitala med državami članicami in tretjimi državami v smislu člena 56 ES, ali je bila

zaradi uporabe člena 57 ES ta omejitev 31. decembra 1993 podana?

5. Če je kateri koli od ukrepov, opisanih v prvem ali drugem vprašanju, v nasprotju s členi 43 ES, 49 ES oziroma 56 ES, ali je treba, če družba posojilojemalka ali druge družbe iz skupine družbe posojilojemalke (‚tožeče stranke') vložijo naslednje tožbe:

   a) tožbo za povračilo dodatnega davka od dohodkov pravnih oseb, ki ga je plačala družba posojilojemalka, ker ji je bilo zavrnjeno, da bi od dobička, ki je obdavčen z davkom od dohodkov pravnih oseb, odbila obresti, ki jih je plačala družbi posojilodajalki, medtem ko bi se štelo, da je ta plačila obresti mogoče odbiti od dobička družbe posojilojemalke, če bi bila družba posojilodajalka tudi rezidentka države družbe posojilojemalke;

   b) tožbo za povračilo dodatnega davka od dohodkov pravnih oseb, ki ga je plačala družba posojilojemalka, kadar je bil celoten znesek obresti za vračilo posojila dejansko plačan družbi posojilodajalki, vendar je bil zahtevek za odbitek glede teh obresti zmanjšan na podlagi nacionalnih določb oziroma njihove uporabe od davčnih organov;

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

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

   e) tožbo za vrnitev ali nadomestilo za izgube ali druge davčne olajšave ali davčne odbitke družbe posojilojemalke (ali za te, ki so jih družbi

posojilojemalki odstopile druge družbe iz skupine družbe posojilojemalke, ki so bile prav tako rezidentke v državi družbe posojilojemalke), ki jih je družba posojilojemalka uporabila za to, da jih je odbila od dodatnega davka od dohodkov pravnih oseb, navedenega pod a), b) ali c) zgoraj, medtem ko bi bile te izgube, olajšave ali davčni odbitki na voljo za drugačno uporabo ali preneseni naprej;

f) tožbo za povračilo neizkoriščene akontacije davka od dohodkov pravnih oseb, ki ga je plačala družba posojilojemalka od obresti, ki jih je plačala družbi posojilodajalki, opredeljenih kot razdelitev;

g) tožbo za vrnitev ali nadomestilo zneskov, ki so bili plačani kot akontacija davka od dohodkov pravnih oseb v okoliščinah pod f) zgoraj, ki pa so bili pozneje odbiti od davka od dohodkov pravnih oseb družbe posojilojemalke;

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

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

j) tožbo za vrnitev ali nadomestilo kakršne koli davčne obveznosti, ki jo je prevzela družba posojilodajalka v državi, v kateri je rezidentka, v zvezi z domnevnim ali pripisanim prejetjem obresti od družbe posojilojemalke, ki so bile na podlagi nacionalnih določb iz prvega vprašanja opredeljene kot razdelitev

šteti, da so te tožbe z vidika prava Skupnosti:

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

– tožbe za nadomestilo ali odškodnino ali

– tožbe za plačilo zneska, ki pomeni neupravičeno zavrnjeno ugodnost?

6. Če bi bile v odgovor na kateri koli del petega vprašanja tožbe opredeljene kot tožbe za plačilo zneska, ki pomeni neupravičeno zavrnjeno ugodnost:

a) ali bi bile te tožbe posledica ali stranska pravica pravice, ki jo podeljujejo zgoraj navedene določbe prava Skupnosti;

b) ali je treba izpolniti vse pogoje za povrnitev škode, določene v združenih zadevah Brasserie du Pêcheur in Factortame (C-46/93 in C-48/93) ali del njih oziroma

c) ali je treba izpolniti katere druge pogoje?

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

8. Za katere usmeritve, če sploh obstajajo, Sodišče meni, da so primerne za uporabo v teh primerih, in katere okoliščine bi moralo nacionalno sodišče upoštevati pri določitvi, ali gre za dovolj resno kršitev v smislu sodbe v združenih zadevah Brasserie du Pecheur in Factortame, (C-46/93 in C-48/93), zlasti ali je bila na podlagi veljavne sodne prakse glede razlage upoštevnih določb prava Skupnosti ta kršitev opravičljiva?

9. Ali načelno lahko obstaja neposredna vzročna zveza (v smislu sodbe v združenih zadevah Brasserie du Pêcheur in Factortame) med kakršno koli kršitvijo

členov 43 ES, 49 ES in 56 ES ter izgubami, ki spadajo v kategorije, navedene v petem vprašanju, od a) do h), za katere tožeče stranke zatrjujejo, da izhajajo iz te kršitve? Če to drži, za katere usmeritve, če sploh obstajajo, Sodišče meni, da so primerne za uporabo glede na okoliščine in da bi jih moralo nacionalno sodišče upoštevati pri določitvi, ali taka neposredna vzročna zveza obstaja?

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

30. V skladu s členom 23 Statuta Sodišča so pisne predloge vložile tožeče stranke v vzorčnih zadevah, vladi Združenega kraljestva in Nemčije ter Komisija. Ustno zaslišanje je bilo 31. januarja 2006, na katerem so vse od teh strank, pa tudi vlada Nizozemske, podale ustne predloge.

V – Analiza

A – *Veljavne določbe Pogodbe ES*

31. Ker je nacionalno sodišče izpostavilo združljivost upoštevne zakonodaje Združenega kraljestva z določbami Pogodbe ES glede svobode ustanavljanja, prostega pretoka storitev in prostega pretoka kapitala (členi 43 ES, 49 ES in 56 ES), je prvo vprašanje, ki ga je treba preučiti, glede na katere od teh določb Pogodbe ES naj bi presojali zakonodajo. To vprašanje je pomembno iz dveh razlogov. Prvič, medtem ko člena 43 ES in 49 ES veljata le za omejitve pri izvajanju svobode ustanavljanja in svobode storitev med državami članicami, člen 56 ES prepoveduje tudi omejitve pretoka kapitala med državami članicami in tretjimi državami. Drugič, časovni okvir člena 56 ES se razlikuje od časovnega okvira členov 43 ES in 49 ES: predvsem je člen 56 ES začel veljati in neposredno

učinkovati 1. januarja 1994 in je v zvezi s tretjimi državami predmet določbe o odlogu plačila (člen 57 ES) (čeprav je bilo načelo prostega pretoka kapitala že uvedeno na podlagi Direktive Sveta (EGS) št. 88/361). [18]

32. Pri obravnavi najprej člena 43 ES je Sodišče v skladu s tem razsodilo, da družba s sedežem v eni državi članici, ki ima v kapitalu družbe s sedežem v drugi državi članici delež, ki ji omogoča „določen vpliv na odločitve te družbe“ in „določanje njenih dejavnosti“, izvaja pravico do ustanavljanja. [19]

33. V tej zadevi se mi zdi, da z ubeseditvijo v vsaki od spremenjenih različic pred Sodiščem, upoštevna zakonodaja Združenega Kraljestva velja samo v primerih, ko ima ena družba (ali je v upoštevnem času imela) določen vpliv na odločitve druge družbe v smislu sodne prakse Sodišča. V različici zakonodaje, ki je veljala do sprememb leta 1995, je torej člen 209(2)(e) veljal zlasti za posojila, ki jih je odobrila družba, ki ni rezidentka Združenega kraljestva, družbi rezidentki Združenega kraljestva, ki je bila 75-odstotno odvisna družba družbe posojilodajalke, ali kjer sta bili obe družbi 75-odstotno odvisni družbi tretje družbe, nerezidentke Združenega kraljestva (tj. kadar je posojilo zagotovila druga odvisna družba matične družbe). Ta pogoj za veljavnost je bil ohranjen po spremembah, ki jih je uvedel Finance Act 1995. [20]

34. Položaj je nekoliko spremenil Finance Act 1998 Združenega kraljestva, ki je prenesel transakcije, ki so jih pred tem zajemali posebni predpisi glede podkapitalizacije, pod splošne predpise Združenega kraljestva glede transfernih cen. Vendar ti veljajo le pri izvajanju transakcije, ki je izvršena ali velja med dvema družbama pod skupnim nadzorom, torej kjer ena od teh družb neposredno ali posredno sodeluje pri upravljanju, nadzoru ali kapitalu druge stranke ali kadar ista oseba sodeluje neposredno ali posredno v upravljanju, nadzoru ali kapitalu obeh teh družb. [21] Ta pogoj, po mojem mnenju, zadošča kot znamenje, da je merilo „določenega vpliva“ izpolnjeno za namene te sodbe. Vsekakor vsaka od vzorčnih zadev zajema odvisno družbo rezidentko Združenega kraljestva, ki je, neposredno ali posredno, v vsaj 75-odstotni lasti matične družbe nerezidentke Združenega kraljestva ali druge družbe nerezidentke Združenega kraljestva, ki je tudi neposredno ali posredno

18 – Direktiva Sveta (EGS) št. 88/361 z dne 24. junija 1988 o izvajanju člena 67 Pogodbe ES (UL L 178, str. 5).

19 – Sodba z dne 13. aprila 2000 v zadevi Baars (C-251/98, Recueil, str. I-2787, točka 22). Čeprav se je ta zadeva nanašala na delež državljana države članice in ne družbe, velja načelo, enako za družbe s sedežem v tej državi članici. Glej tudi člen 58(2) ES, ki določa, da veljavnost svobode prostega pretoka kapitala „ne posega v veljavnost tistih omejitev pravice do ustanavljanja, ki so združljive s to Pogodbo ES“.

20 – Glej člen 209(2)(da) ICTA.

21 – Priloga 28AA(1)(1)(b) k ICTA.

75-odstotno odvisna družba matične družbe. Dejansko bi lahko rekli, da sklep, da se na osnovi izrecnega besedila zakonodaje Združenega kraljestva uporablja člen 43 ES, kar okrepi tudi sama utemeljitev nacionalnih predpisov glede podkapitalizacije in transfernih cen, ki, kot sem navedel zgoraj, temeljijo na zamisli, da bi bilo v nekaterih okoliščinah ugodno za splošen davčni položaj čezmejnih skupin, da se poskusijo sporazumeti o pogojih transakcije ali o naravi transakcije, poleg pogojev, o katerih se dogovorijo pod pogoji neodvisnega tržnega načela. Ta zamisel je smiselna samo v primerih, ki veljajo za skupine družb, *to je*, kjer imajo matične (in/ali vmesne družbe v skupini) določen vpliv na končne odvisne družbe. [22]

35. Posledično je treba za zakonodajo Združenega kraljestva, ki je tukaj sporna, preučiti združljivost s predpisi Pogodbe ES glede svobode ustanavljanja. To seveda pomeni, da člen 49 ES, ki ne predvideva stalnega, temveč začasen sedež v drugi državi članici, ne velja. [23] Vendar je v nasprotju s tem načelno mogoče, da bi bile določbe Pogodbe ES glede prostega pretoka kapitala veljavne sočasno z določbami glede svobode ustanavljanja. [24] Glede te točke bi se skliceval na mnenje generalnega pravobranilca S. Alberja v zadevi Baars, kjer je izrazil mnenje, da bi, kadar sta sporna prosti pretok kapitala in svoboda ustanavljanja, Sodišče moralo preveriti, katero od teh pravic neposredno omejujejo upoštevni nacionalni predpisi. Zato je treba, kadar neposredno vplivajo na obe pravici, preveriti združljivost nacionalnih predpisov s členoma 43 ES in 56 ES. V nasprotju s tem, kadar je pravica do ustanavljanja neposredno omejena, tako da ovira pri ustanavljanju, ki izvira iz tega, pelje posredno do zmanjšanja kapitalskih tokov med državami članicami, veljajo samo predpisi glede pravice do ustanavljanja. [25] S spoštovanjem se strinjam s to obrazložitvijo.

36. Z uporabo tega preizkusa za obravnavano zadevo, čeprav so za izvajanje svobode, ki jo imajo pri ustanavljanju matične družbe, nerezidentke Združenega kraljestva

22 – Glej tudi člen 4(1) Arbitration Convention (arbitražne konvencije), ki določa, da je pogoj za veljavnost predpisov glede transfernih cen, ki so v njej opredeljene, neposredna ali posredna udeležba podjetja ene države članice v upravljanju, nadzoru ali kapitalu podjetja druge države članice, in neposredna ali posredna udeležba istih oseb v upravljanju, nadzoru in kapitalu podjetja ene države in podjetja druge države. Prav tako glej člen 9(1) Model Taxation Convention on Income and on Capital (vzorčne davčne konvencije OECD o dohodku in premoženju) s komentarji k členom, OECD, Pariz, 1977, kakor je bila spremenjena.

23 – Glej, na primer, sodbo z dne 4. decembra 1986 v zadevi Komisija proti Nemčiji (205/84, Recueil, str. 3755).

24 – Sodba z dne 14. novembra 1995 v zadevi Svensson in Gustavsson (C-484/93, Recueil, str. I-3955).

25 – Sodba Baars, navedena v opombi 19, točka 26. Glej tudi moje sklepne predloge k sodbi z dne 5. marca 2002 v združenih zadevah Reisch (C-515/99, od C-519/99 do C-524/99 in od C-526/99 do C-540/99, Recueil, str. I-2157, točka 59).

z vzpostavitvijo odvisne družbe, rezidentke Združenega kraljestva, neizogibno potrebne kapitalske transakcije v Združeno kraljestvo, pod pogojem, da je to potrebno za ustanovitev te odvisne družbe, je taka transakcija po mojem mnenju povsem posredna posledica takega ustanavljanja. Iz tega sledi, da bi morali preučevati samo združljivost sporne zakonodaje Združenega kraljestva s členom 43 ES.

B – *Prvo vprašanje*

37. V prvem vprašanju nacionalno sodišče sprašuje, ali je v nasprotju s členi 43 ES, 49 ES in 56 ES, če država članica ohrani v veljavi in uporablja določbe, kot so v členih 209, 212 in Prilogi 28AA ICTA iz leta 1988, ki uveljavljajo omejitve glede možnosti družbe rezidentke te države članice, da odbije v davčne namene obresti od finančnega posojila, ki ga je neposredno ali posredno odobrila matična družba rezidentka druge države članice, v okoliščinah, v katerih družba posojilojemalka ne bi bila zavezana takim omejitvam, če bi bila matična družba rezidentka države družbe posojilojemalke.

38. Za to vprašanje je upoštevna vzorčna zadeva skupine Lafarge. Iz razlogov, ki sem jih pravkar pojasnil, bom obravnaval združljivost zakonodaje samo s členom 43 ES.

39. Ni sporno, da morajo države članice, čeprav je neposredno obdavčenje načeloma v pristojnosti države članice, kljub temu izvajati to pristojnost v skladu s pravom Skupnosti, ki vključuje obveznost iz člena 43 ES, ki prepoveduje omejevanje glede ustanavljanja agencij, podružnic ali odvisnih družb državljanom katere koli države članice, ki so ustanovljene na ozemlju katere koli države članice. [26] Člen 43(2) ES določa, da svoboda ustanavljanja vključuje pravico ustanovitve in upravljanja podjetij v državi članici pod pogoji, ki jih je predpisala taka država za lastne državljane.

40. Kot sem navedel v sklepnih predlogih v zadevah Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, Test Claimants in the FII Group Litigation, Kerckhaert in Morres ter Denkavit, [27] člen 43 ES velja, kadar različno obravnavanje čezmejnih in povsem domačih položajev ni neposredna in logična posledica dejstva, da v trenutni stopnji razvoja prava

26 – Glej na primer sodbo z dne 13. decembra 2005 v zadevi Marks & Spencer (C-446/03, ZOdl., str. I-10837, točka 29 in navedena sodna praksa).

27 – Glej moje sklepne predloge, predstavljene 23. februarja 2006 v zadevi Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, še nerešena zadeva pred Sodiščem, točka 32 in naslednje); 6. aprila 2006 v zadevi Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/0, še nerešena zadeva pred Sodiščem, točka 37 in naslednje); 6. aprila 2006 v zadevi Kerckhaert in Morres (C-513/04, še nerešena zadeva pred Sodiščem, točki 18 in 19) in 27. aprila 2006 v zadevi Denkavit (C-170/05, še nerešena zadeva pred Sodiščem, točka 20).

Skupnosti za subjekte lahko veljajo različne davčne obveznosti za čezmejne položaje kot za povsem notranje položaje. [28] To pomeni zlasti, da bi morala neugodna davčna obravnava – da bi bila vključena v člen 43 ES – izhajati iz neposredne ali prikrite diskriminacije, ki izvira iz predpisov enega davčnega sistema, ne pa povsem iz neskladij ali delitve davčne pristojnosti med davčnimi sistemi dveh ali več držav članic ali iz soobstoja nacionalnih davčnih uradov (kar sem poimenoval „kvaziomejitve“). [29]

41. Pri uporabi tega preskusa v tej zadevi je prvo vprašanje, ali predpisi Združenega kraljestva povzročajo, kot to zatrjujejo Test Claimants, neugodno davčno obravnavo odvisnih družb rezidentk Združenega kraljestva, na podlagi lokacije njihovih neposrednih ali posrednih matičnih družb. Če je tako, je naslednje vprašanje, ali je taka neugodna davčna obravnava povsem posledica kvaziomejitev in tako ne spada v okvir člena 43 ES. Če ni tako, je končno vprašanje, ali je neugodna davčna obravnava posledica diskriminacije in ali je tako diskriminacijo mogoče upravičiti.

1. Neugodna davčna obravnava odvisnih družb rezidentk Združenega kraljestva na podlagi kraja, kjer so njihove neposredne ali posredne matične družbe?

42. Menim, da je jasno, da je zaradi različnega davčnega obravnavanja, ki je vsebovano v pravilih Združenega kraljestva v različicah, ki so se uporabljale do leta 2004, nastalo neugodno davčno obravnavanje odvisnih družb rezidentk Združenega kraljestva z matičnimi družbami nerezidentkami Združenega kraljestva v primerjavi z odvisnimi družbami rezidentkami Združenega kraljestva z matičnimi družbami rezidentkami Združenega kraljestva.

43. Po eni strani je razlikovanje med davčnimi obravnavami odvisnih družb rezidentk Združenega kraljestva na podlagi pravil Združenega kraljestva temeljilo na kraju, kjer je bila njihova matična družba. Zato:

– pravila, ki so veljala do leta 1995, so določala, da medtem ko so bile obresti, ki jih je plačala družba pri vračilu posojila – posojilodajalcu, ki je bil rezident ali nerezident Združenega kraljestva –, ki so presegale znesek razumnega gospodarnega vračila posojila, načelno opredeljene kot razdeljeni dobiček, če so presegale tak znesek, [30] so se obresti, ki so bile plačane posojilodajalcu, ki ni bil rezident Združenega kraljestva iz iste

28 – Za obsežnejšo utemeljitev glej točke od 31 do 54 mojih sklepnih predlogov v zadevi Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, navedenih v opombi 27.

29 – *Ibidem*, točka 55; glej tudi moje sklepne predloge v zadevi Denkavit, navedene v opombi 27, točka 20.

30 – Člen 209(2)(d) ICTA.

skupine družb, vedno obravnavale kot razdeljeni dobiček.[31] Z drugimi besedami, obresti, plačane posojilodajalcu nerezidentu Združenega kraljestva, ni bilo mogoče več obravnavati za davčne namene Združenega kraljestva;

– na podlagi pravil, ki so veljala med letoma 1995 in 1998, določba, ki je določala, da se kot razdeljeni dobiček opredelijo obresti, ki so bile plačane med pripadnicami iste skupine, če so presegale tisto, kar bi bilo plačano, če ne bi bilo posebnih razmerij med dolžnikom teh obresti in upnikom,[32] ni veljala, kadar sta bila dolžnik obresti in njihov upnik zavezanca za davek od dohodkov pravnih oseb v Združenem kraljestvu.[33] (Očitno je razlikovanje v obravnavanju na podlagi tega, ali je dolžnik obresti zavezanec za davek od dohodkov pravnih oseb v Združenem kraljestvu, najverjetneje pomembno, kadar je dolžnik obresti veljavno ustanovljen ali v glavnem aktiven v drugi državi članici, kot je Združeno kraljestvo.);

– na podlagi pravil, ki so veljala med letoma 1998 in 2004, so bila plačila obresti v skupini obravnavana po splošnih pravilih v zvezi s transfernimi cenami, ki so se uporabljala v Združenem kraljestvu.[34] Vendar se je štelo, da določba glede transakcije ne pomeni morebitne ugodnosti za eno od zadevnih strank, kadar je bila med drugim druga stranka transakcije zavezanka za davek od dohodkov ali davek od dohodkov pravnih oseb v Združenem kraljestvu (in so bili izpolnjeni nekateri drugi pogoji).[35]

44. Nasprotno je bilo s Finance Act 2004 v Združenem kraljestvu tako razlikovanje spremenjeno tako, da pravila v zvezi s transfernimi cenami, ki se uporabljajo v Združenem kraljestvu, veljajo tudi, kadar sta obe stranki transakcije zavezanca za plačilo davka v Združenem kraljestvu. Cilj in učinek tega je očitno odpraviti različno obravnavanje, ki sem ga opisal (čeprav bi to lahko pomenilo, kot sem ugotovil spodaj, razširitev uporabe zakonodaje Združenega kraljestva na primere, ki ne spadajo med njegove razloge za obstoj). Zato zakonodaja Združenega kraljestva od leta 2004 naprej ne spada več na področje uporabe člena 43 ES: utemeljitve, ki sledijo, zato veljajo le za zakonodajo, ki se je uporabljala do takrat.

45. Drugič, zaradi obravnavanja odvisnih družb, ki spadajo v skupino družb, ki „nimajo sedeža v Združenem kraljestvu“, je nastala davčna neugodnost. Za odvisno družbo je

31 – Člen 209(2)(e)(iv) ICTA.
32 – Člen 209(2)(da) ICTA.
33 – Člen 212(1) in (3) ICTA, kakor je bil spremenjen.
34 – Priloga 28AA k ICTA.
35 – Priloga 28AA(5)(2) k ICTA.

prekvalifikacija plačil obresti (ali njihovega dela) v razdeljeni dobiček pomenila, da takih plačil ni bilo več mogoče odbiti od obdavčljivega dobička odvisne družbe, tako da bi bil, če bi druge stvari ostale enake, davčni obračun take družbe v Združenem kraljestvu višji, kot bi bil, če ne bi bilo prekvalifikacije. Ko je v Združenem kraljestvu še veljal sistem akontacije davka od dohodkov pravnih oseb (ACT) – ki je bil odpravljen leta 1999 –, je prekvalifikacija pomenila, da je morala odvisna družba po „razdelitvi dobička“ plačati ACT.

46. V zvezi s tem Združeno kraljestvo trdi, da ker merilo za razlikovanje ni državljanstvo ali rezidentstvo odvisne družbe s sedežem v Združenem kraljestvu, ampak njena matična družba, to ne povzroča razlikovanja na podlagi državljanstva v smislu člena 43 ES. Dokler se lahko trdi, da lahko zakonodaja Združenega kraljestva matične družbe, ki želijo ustanoviti odvisno družbo v Združenem kraljestvu, odvrne od tega namena, Združeno kraljestvo trdi, da taka možnost ni dovolj neposredna in gotova posledica pravil Združenega kraljestva, da bi veljal člen 43 ES po analogiji s sodno prakso Sodišča v zadevi Keck na področju prostega pretoka blaga. Po mnenju Združenega kraljestva ni bilo praktičnih ovir za matične družbe nerezidentke Združenega kraljestva pri ustanavljanju sekundarnih poslovnih enot v Združenem kraljestvu ali dokazil, da so bili upravičenci dejansko odvrnjeni od ustanovitve take enote. Združeno kraljestvo je želelo spodbujati take naložbe na svojem ozemlju. Cilj zakonodaje Združenega kraljestva je bil zagotoviti odvisnim družbam rezidentkam Združenega kraljestva enako obravnavanje, ko so želele odpraviti „praznino“, ki je bila na voljo čezmejnim skupinam in ni obstajala za skupine, ustanovljene v Združenem kraljestvu.

47. Nobena od teh trditev me ne prepriča. Prvič, to, da razlika v obravnavanju ne nastane na podlagi rezidentstva odvisne družbe, ampak njene matične družbe, ne pomeni, da zato ne morejo nastati upoštevne razlike pri obravnavanju za namene iz člena 43 ES. Kot je razsodilo Sodišče v zadevah, kot sta Metallgesellschaft in Lankhorst-Hohorst, spada zakonodaja, ki ustvarja razlike v obravnavanju med odvisnimi družbami rezidentkami Združenega kraljestva glede na to, ali ima njihova matična družba sedež v Združenem kraljestvu, pri čemer je odvisnim družbam z matičnimi družbami rezidentkami Združenega kraljestva priznana davčna ugodnost, načeloma na področje uporabe člena 43 ES.[36] Drugič, v zvezi z domnevno neposrednim učinkom pravil Združenega kraljestva na odločitve matičnih družb, ki nimajo sedeža v Združenem kraljestvu, da ustanovijo odvisno družbo s sedežem v Združenem kraljestvu, ugotavljam, da za to, da bi veljal člen 43 ES, zadošča dokazati upoštevno razliko pri obravnavanju in davčno ugodnost. Nobene zahteve ni za dokazovanje, da so

36 – Glej na primer sodbo z dne 8. marca 2001 v združenih zadevah Metallgesellschaft (C-397/98 in C-410/98, Recueil, str. I 1727, točki 43 in 44) in v opombi 2 navedeno sodbo Lankhorst Hohorst (točke od 27 do 32).

pravila nekatere družbe nerezidentke dejansko odvračala od izvajanja njihove pravice do svobode ustanavljanja.

48. Dodal bi, da po mojem mnenju sodne prakse v zadevi Keck, ki se je razvila na področju prostega pretoka blaga, ni mogoče uporabljati pri ugotavljanju skladnosti nacionalnih neposrednih davčnih ukrepov s členom 43 ES. [37] Zlasti, kot sem razložil v sklepnih predlogih v zadevi ACT, koncepta nejasno veljavnih „omejitev" svobode pretoka, ki se uporablja v splošni sodni praksi Sodišča o svobodi gibanja, ni mogoče smiselno prenesti na področje neposrednega obdavčenja. Ker merila za uveljavljanje davčne pristojnosti na splošno temeljijo na narodnosti ali rezidentstvu, je vprašanje, ali je nacionalni neposredni davčni ukrep posredno ali neposredno diskriminatoren ali pa pomeni „kvaziomejitev", kot sem opisal zgoraj. [38]

49. To ne pomeni, da teže učinka na izvajanje prostega pretoka ni mogoče upoštevati v vsaki fazi ugotavljanja skladnosti s členom 43 ES. To je lahko pomembna ugotovitev v fazi utemeljevanja analize, zlasti pri ugotavljanju sorazmernosti ukrepa.

2. Ali je neugodna davčna obravnava posledica kvaziomejitve?

50. Naslednje vprašanje je, ali neugodna davčna obravnava odvisnih družb s sedežem v Združenem kraljestvu z neposredno ali posredno matično družbo, ki nima sedeža v Združenem kraljestvu, nastane le zaradi kvaziomejitev – to so omejitve, ki jih povzročijo razlike ali delitev davčne pristojnosti med davčne sisteme dveh ali več držav članic (kar pomeni, da člen 43 ES ne velja) –, in ne zaradi diskriminacije na podlagi pravil enega davčnega sistema.

51. Združeno kraljestvo glede tega trdi, da so bila izpodbijana pravila obravnavana le zato, da se porazdeli davčna pristojnost med Združeno kraljestvo in njegove partnerje v konvenciji o izogibanju dvojnega obdavčevanja (SDO). Po mnenju Združenega kraljestva iz utemeljitve Sodišča v zadevi Gilly [39] sledi, da se v tem primeru člen 43 ES sploh ne

37 – Sodba z dne 24. novembra 1993 v združenih zadevah Keck in Mithouard (C-267/91 in C-268/91, Recueil, str. 6097).

38 – Zadeva ACT, navedena v opombi 27, točka 32 in naslednje.

39 – Sodba z dne 12. maja 1998 v zadevi Gilly (C-336/96, Recueil, str. I-2793).

uporablja: ta člen se uporablja le za izvajanje in ne porazdelitev nacionalnih davčnih pristojnosti. Združeno kraljestvo zlasti izpodbija, da so sporna pravila odražala izvajanje porazdelitve po sklenitvi veljavnih SDO, ker vsi SDO, ki jih je Združeno kraljestvo sklenilo z drugimi državami članicami, vsebujejo določbo, ki pristojnim organom omogoča, da izvedejo kompenzacijsko prilagoditev, s katero bo v zameno za vsako prilagoditev navzgor obdavčljivega dobička v Združenem kraljestvu uporabljeno ustrezno znižanje obdavčljivega dobička družbe posojilodajalke v državi, v kateri ima ta družba sedež.

52. Ta trditev me ne prepriča.

53. Res je, kot sem navedel v sklepnih predlogih v zadevi ACT,[40] da glede na zdajšnje stanje prava Skupnosti pristojnost za izbiro meril in razdelitev (prednosti) davčne pristojnosti spada izključno v pristojnost držav članic (kot to ureja mednarodno davčno pravo). Sodišče je to ugotovilo ob številnih priložnostih, zlasti v zadevah Gilly in D.[41] V pravu Skupnosti zdaj ni nadomestnih meril in podlag za predpisovanje takih meril. Poleg tega je potreba po delitvi davčne pristojnosti po dohodku čezmejnih nosilcev gospodarske dejavnosti med države članice (premestitev davčne osnove) neizogibna posledica dejstva, da so neposredni davčni sistemi nacionalni: omejitve, ki izhajajo iz take delitve, je treba šteti za kvaziomejitve, ki ne spadajo na področje uporabe člena 43 ES.

54. Po mojem mnenju zadevna pravila Združenega kraljestva v tem primeru presegajo delitev pristojnosti med Združeno kraljestvo in njegove partnerje v SDO. Pred letom 1998 je bilo treba prekvalificirati posojila, ki jih je dala matična družba, ki ni imela sedeža v Združenem kraljestvu, odvisnim družbam s sedežem v Združenem kraljestvu v razdelitev dobička (do leta 1995 v vseh primerih, razen če ni bilo v SDO določeno drugače; po letu 1995, kadar so plačane obresti presegale to, kar bi bilo plačano, če ne bi bilo posebnih razmerij med dolžnikom obresti in njihovim upnikom). To po mojem mnenju odraža enostransko odločitev Združenega kraljestva o tem, kako želi opredeliti transakcije za davčne namene, da bi organiziralo svoj davčni sistem in se izognilo njegovi zlorabi – z drugimi besedami, kako želi izvajati davčne pristojnosti. Ta osnovni cilj pravil je jasen, pa če je izražen v domači zakonski obliki ali, kot je bilo pred letom 1995 v nekaterih primerih, v določbi SDO. Taka enostranska odločitev je bila sprejeta v okviru predhodne enostranske odločitve Združenega kraljestva o razlikovanju med davčno obravnavo plačil obresti (ki jih pravo Združenega kraljestva obravnava kot plačila pred obdavčitvijo, ki jih je mogoče

40 – Zadeva ACT, navedena v opombi 27, točke od 48 do 54.

41 – Sodba Gilly, navedena v opombi 39, in sodba z dne 5. julija 2005 v zadevi D (C-376/03, ZOdl., str. I-5821).

odbiti) in razdelitvami dobička (ki jih pravo Združenega kraljestva obravnava kot plačila po obdavčitvi, ki jih ni mogoče odbiti). Čeprav je Združeno kraljestvo od leta 1998 obravnavalo vprašanje dokapitalizacije s splošnimi pravili v zvezi s transfernimi cenami in ne s samostojno zakonodajo o podkapitalizaciji, je bila to še vedno enostranska odločitev Združenega kraljestva, da zato, da bi se izognilo zlorabi davčnega sistema Združenega kraljestva, obravnava nekatere transakcije, ki so bile sklenjene pod pogoji, ki veljajo, če obstajajo posebna razmerja med strankami, kot da so bile sklenjene pod pogoji, ki veljajo za poslovanje med neodvisnimi strankami.

55. Dodal bi, da dejstvo, da je mogoče taka ravnanja sprejeti v mednarodno davčno pravo, ne pomeni nujno, da pomenijo pravilo za porazdelitev davčne pristojnosti; prav tako ne pomeni nujno, da je tako ravnanje v skladu s členom 43 ES. [42]

56. Trditev Združenega kraljestva, da vsebujejo SDO, sklenjeni z državami članicami, določbe, ki nalagajo drugi pogodbeni stranki, da nadomesti prerazvrstitev, ki so jo opravili organi Združenega kraljestva, prav tako ne spremeni presoje. Zdi se mi, da je cilj takih določb, da z dvostranskimi SDO zmanjšajo morebitno dvojno obdavčevanje, ki so ga povzročila pravila Združenega kraljestva o enostranski prerazvrstitvi (na primer z izogibanjem primerom, kjer Združeno kraljestvo prekvalificira plačilo obresti v razdelitev dobička, domača država matične države pa ga še naprej obravnava kot plačilo obresti). Ne zanikajo enostranskosti izvornega nacionalnega pravila, na katerem temelji določba SDO. Vendar, kot sem ugotovil v sklepnih predlogih v zadevah *ACT* in *Denkavit* [43] in kot razpravljam v nadaljevanju, je treba pri ugotavljanju, ali je zakonodaja države članice res diskriminatorna – zlasti ali dejansko obstaja razlika pri obravnavanju med rezidenti in nerezidenti, ki povzroča davčno neugodnost –, zares upoštevati učinek takih določb SDO na položaj davkoplačevalca.

57. Neugodne davčne obravnave, ki se izvajajo na podlagi pravil Združenega kraljestva, odvisnih družb s sedežem v Združenem kraljestvu z matičnimi družbami, ki nimajo sedeža v Združenem kraljestvu, v primerjavi z odvisnimi družbami z matičnimi družbami s sedežem v Združenem kraljestvu, zato ni mogoče preprosto obravnavati kot

42 – Glej na primer moje sklepne predloge v zadevah Kerkhaert in Morres (navedena v opombi 27, točka 37) in Denkavit (navedena v opombi 27, točka 43).

43 – Zadevi ACT (navedena v opombi 27, točka 70 in naslednje) in Denkavit (navedena v opombi 27, točka 33 in naslednje).

kvaziomejitve, ampak kot razliko pri obravnavanju, ki izhaja le iz pravil ene davčne pristojnosti.

3. Ali je neugodna davčna obravnava posledica diskriminacije?

58. Zadnje vprašanje je, ali bi lahko neugodna davčna obravnava izhajala iz diskriminacije. Sodišče je razsodilo, da diskriminacija pomeni uporabo različnih pravil v primerljivih položajih ali uporabo istega pravila v različnih položajih, razen če je taka razlika utemeljena. [44]

59. Kot sem že ugotovil, je Združeno kraljestvo pred spremembami leta 2004 uporabljalo različna pravila za odvisne družbe s sedežem v Združenem kraljestvu z matičnimi družbami, ki niso imele sedeža v Združenem kraljestvu, kar je bilo z davčnega gledišča za take odvisne družbe neugodno. Zato se zdi jasno, da je treba to obravnavati kot različno obravnavanje družb v primerljivem položaju; Združeno kraljestvo v stališčih ni trdilo nasprotno. Narava in obseg upoštevne davčne pristojnosti, ki jo je izvajalo Združeno kraljestvo nad odvisnimi družbami s sedežem v Združenem kraljestvu z matičnimi družbami, ki nimajo sedeža v Združenem kraljestvu, sta bila načeloma enaka kot pri odvisnih družbah s sedežem v Združenem kraljestvu z matičnimi družbami s sedežem v Združenem kraljestvu. Pri izvajanju take pristojnosti Združeno kraljestvo na podlagi člena 43 ES ne bi smelo delati razlik pri davčni obravnavi odvisnih družb rezidentk Združenega kraljestva le na podlagi kraja, kjer je bila njihova matična družba. Združeno kraljestvo *prima facie* ni izpolnilo te obveznosti.

60. Vendar ima Združeno kraljestvo možnost dokazati, da je bila taka razlika pri obravnavanju utemeljena. Zato mora Združeno kraljestvo dokazati, da 1. njegova zakonodaja sledi legitimnemu cilju, ki je združljiv s Pogodbo in ga upravičujejo omejitve zaradi nujnih razlogov v splošnem interesu; 2. je uporaba njegove zakonodaje primerna, da zagotovi uresničitev zadevnega cilja, in 3. uporaba njegove zakonodaje ne presega tega, kar je nujno potrebno za dosego tega cilja. [45]

61. Združeno kraljestvo v zvezi s tem trdi, da so bila njegova pravila sorazmeren odgovor na zakonite politične cilje, ki jih je mogoče različno opredeliti kot cilje davčne doslednosti (kot v zadevi Bachmann), [46] preprečevanje izogibanja plačilu davka (kot v zadevi ICI) [47]

44 – Glej na primer sodbo z dne 29. aprila 1999 v zadevi Royal Bank of Scotland (C-311/97, Recueil, str. I-2651, in navedena sodna praksa).

45 – Glej zadevo Marks & Spencer, navedeno v opombi 26, točka 35.

46 – Sodba z dne 28. januarja 1992 v zadevi Bachmann (C-204/90, Recueil, str. I-249).

47 – Sodba z dne 16. julija 1998 v zadevi ICI (C-264/96, Recueil, str. I-4695).

ali potrebo po preprečevanju popolnoma umetnih tvorb, katerih cilj je izogniti se davčni zakonodaji. Po mnenju Združenega kraljestva so ti cilji zakoniti za zagotovitev obstoj pravičnega in doslednega davčnega obravnavanja, zlasti za zagotovitev tega, da bo gospodarska dejavnost družbe posojilojemalke obdavčena v državi, v kateri se je izvajala. Te utemeljitve bom obravnaval zaporedoma.

a) Utemeljitev z razlogi proti zlorabi

62. Sodišče je ob številnih priložnostih priznalo, da države članice načeloma lahko uporabijo neposredne obdavčitvene ukrepe, ki so sicer diskriminatorni, da bi preprečile zlorabo prava (čeprav Sodišče do zdaj dejansko še ni našlo nacionalnega ukrepa, ki bi bil v tem smislu upravičen). To je nazadnje razvidno v sodbi Marks & Spencer, v kateri je Sodišče razsodilo, da se nacionalno pravilo, ki predpisuje omejitev odbitkov čezmejnih izgub, načeloma lahko upraviči z nevarnostjo izogibanja plačilu davka in zlasti z nevarnostjo, da bi se v skupini družb izgube prenašale na družbe s sedežem v državah članicah, v katerih veljajo najvišje davčne stopnje in v katerih je zato davčna vrednost izgub največja. [48] Tako priznanje je očitno tudi v sodbah Sodišča v zadevah Lankhorst-Hohorst, X & Y in ICI [49] in v zadevah Leur-Bloem (o Uredbi o združitvah), Halifax (o posrednem davku) ter številnih sodbah s področij, ki se ne nanašajo na obdavčevanje. [50]

63. Sprejetje take utemeljitve se opira na naslednje. Načeloma je to, da davkoplačevalci poskušajo urediti svoje (čezmejne) davčne zadeve na način, ki je za njih najugodnejši, veljavno in podpira zamisel o notranjem trgu. [51] Vendar je to dovoljeno le, če je ureditev dejanska; to pomeni, da ni povsem umeten konstrukt, katerega cilj je zlorabiti nacionalno davčno zakonodajo in se ji izogniti. [52] Na pri-

48 – Glej zadevo Marks & Spencer, navedeno v opombi 26, točki 49 in 50.

49 – Sodba Lankhorst-Hohorst, navedena v opombi 2; sodba z dne 21. novembra 2002 v zadevi X in Y (C-436/00, Recueil, str. I-10829) in zadeva ICI, navedena v opombi 47.

50 – Sodbi z dne 17. julija 1997 v zadevi Leur-Bloem (C-28/95, Recueil, str. I-4161) in z dne 21. februarja 2006 v zadevi Halifax (C-255/02, ZOdl., str. I-1609). Glej tudi sodbi z dne 12. maja 1998 v zadevi Kefalas (C-367/96, Recueil, str. I-2843) in z dne 14. decembra 2000 v zadevi Emsland-Stärke (C-110/99, Recueil, str. I-11569).

51 – Glej na primer sodbo Sodišča v zadevi Halifax, navedeno v opombi 50, točka 73. Glej tudi sodbo sodišča z dne 26. oktobra 1999 v zadevi Eurowings (C-294/97, Recueil, str. -7447): „Davčne ugodnosti, ki izhaja za izvajalce storitev iz nižjega obdavčevanja v državi članici, v kateri imajo sedež, ne more uporabiti druga država članica, da bi upravičila manj ugodno obravnavanje davčnih zadev za prejemnike storitev, ki imajo sedež v slednji državi članici […] Kot je Komisija pravilno ugotovila, take izravnalne davčne ureditve vplivajo na ustanovitev enotnega trga“ (točki 44 in 45).

52 – Glej zlasti navedbe Sodišča v sodbah Lankhorst-Hohorst, navedena v opombi 2, in ICI, navedena v opombi 47.

mer, sama okoliščina, da družba rezidentka ustanovi sekundarno poslovno enoto v drugi državi članici, ne ustvarja splošne domneve davčne goljufije ali izogibanja plačilu davka, [53] tudi če ima taka država članica razmeroma nizko davčno stopnjo (ali celo sistem, ki spada pod opredelitev „škodljivi davčni ukrepi“, ki so opredeljeni v kodeksu poslovnega ravnanja za poslovno obdavčenje). [54]

64. Naslednje vprašanje je, ali je zakonodaja Združenega kraljestva primerna za doseganje tega cilja. Jasno je: če se skrb Združenega kraljestva nanaša na izogibanje temu, da bi čezmejne skupine z namenom zlorabe in umetno opredeljevale to, kar so v resnici porazdelitve, kot so izplačila obresti na kredite, je očitno prekvalifikacija obresti, ki so bile izplačane kot porazdelitve, učinkovita v boju proti taki zlorabi.

65. Zadnje vprašanje je, ali je zakonodaja Združenega kraljestva proti zlorabi sorazmeren odgovor in ali se uporablja sorazmerno.

66. Glede tega bi po mojem mnenju zakonodaja, katere namen je izogibanje podkapitalizaciji, načeloma lahko bila sorazmeren ukrep proti zlorabi, odvisno od njene ubeseditve in uporabe. Drži, da zamisel, da družbe lahko posle organizirajo tako, kot želijo, načeloma pomeni, da lahko svoje odvisne družbe financirajo s sredstvi lastniškega kapitala ali dolga. Vendar ta možnost preneha obstajati, ko je zaradi odločitve družbe zlorabljen zakon. Zdi se mi, da je neodvisno tržno načelo, ki ga je sprejelo mednarodno davčno pravo kot primerno sredstvo za izogibanje umetnemu upravljanju s čezmejnimi transakcijami, načeloma veljavna izhodiščna točka za ugotavljanje, ali je transakcija zloraba. Z uporabo utemeljitve, ki jo je Sodišče razvilo na področju posrednega obdavčevanja in drugih področjih, ki se ne nanašajo na davke, je neodvisni tržni preizkus glede na to objektiven element, ki se uporablja za ugotavljanje, ali je glavni namen upoštevne transakcije pridobitev davčne ugodnosti. [55] Poleg tega je po mojem mnenju veljavno in vredno spodbujati, da države članice določajo razumna merila za ugotavljanje skladnosti transakcije z neodvisnim tržnim načelom, in ob neskladnosti s temi merili se predpostavlja, da je transakcija zloraba, razen če se ne

53 – Glej sklepne predloge generalnega pravobranilca P. Légerja v zadevi Cadbury Schweppes, navedeni v opombi 2, točki 53 in 56. Glej tudi sodbo X in Y, navedeno v opombi 49, točka 62.

54 – Glej sklepne predloge generalnega pravobranilca P. Légerja v zadevi Cadbury Schweppes, navedene v opombi 2, točka 54.

55 – Glej sodbo Halifax, navedeno v opombi 50, točka 86.

dokaže nasprotno. [56] Določanje takih meril je po mojem mnenju v interesu pravne varnosti za davkoplačevalce in dela za davčne organe. Namesto tega bi se moralo na primer uporabljati eno merilo, ki bi veljalo v vseh primerih – kot je določeno razmerje med dolgom in lastniški kapitalom – in ne bi dovoljevalo upoštevanja drugih okoliščin.

67. Besedilo in uporaba takega preizkusa v praksi pa mora izpolnjevati tudi zahteve za sorazmernost. Po mojem mnenju to pomeni:

– davkoplačevalec mora imeti možnost dokazati, da so kljub temu, da transakcija ni bila izpeljana pod neodvisnimi tržnimi pogoji, obstajali dejanski poslovni razlogi za transakcijo, ki niso bili pridobitev davčne ugodnosti. Z drugimi besedami, kot je Sodišče opozorilo v sodbi Halifax:

„Prepoved zlorabe ni upoštevna, kadar lahko ima gospodarska dejavnost, ki se izvaja, drugo razlago, kot je le pridobitev davčnih ugodnosti." [57] Spominjam se primera v zadevi Lankhorst-Hohorst, v katerem je bil namen posojila, kot ga je sprejelo Sodišče, poskus, da bi rešili odvisno družbo s tem, da bi znižali stroške odvisne družbe in prihranili pri obrestih, ki jih je zaračunavala banka. Predstavljamo si, da bodo podobni položaji (to je, ko transakcija ni bila sklenjena pod neodvisnimi tržnimi pogoji, kljub temu pa ni bila izvršena zaradi zlorabe in samo zaradi pridobitve davčne ugodnosti) pomenili izjemo; [58]

– če davkoplačevalec predstavi take poslovne razloge, je treba njihovo veljavnost ovrednotiti za vsak primer posebej, da bi se ugotovilo, ali so bile transakcije v celoti ustvarjene umetno le zaradi pridobitve davčne ugodnosti;

– informacije, ki jih mora zagotoviti davkoplačevalec, da bi se ovrgla predpostavka, ne smejo biti nesorazmerne ali ne smejo pomeniti, da je to izjemno težko ali nemogoče storiti;

56 – To zadevo je mogoče razlikovati od zadev, kot je Kefalas, navedena v opombi 50, točka 26 in naslednje, kjer je Sodišče ugotovilo, da je uporaba domneve o zlorabi, kadar davkoplačevalec ni izvršil določenega dejanja, v nasprotju s pravom Skupnosti (v tej zadevi uveljavljanja prednostne pravice na podlagi člena 29(1) Druge direktive Sveta 77/91/EGS z dne 13. decembra 1976 o uskladitvi zaščitnih ukrepov za varovanje interesov družbenikov in tretjih oseb, ki jih države članice zahtevajo od gospodarskih družb v skladu z drugim odstavkom člena 58 Pogodbe glede ustanavljanja delniških družb ter ohranjanja in spreminjanja njihovega kapitala, zato da se oblikujejo zaščitni ukrepi z enakim učinkom v vsej Skupnosti (UL 1977, L 26, str. 1)). V takih primerih se za dejavnik, ki sproži domnevo – v nasprotju z neodvisnim tržnim preskusom – ne more reči, da je objektivni dejavnik, ki se lahko uporabi za ugotavljanje, ali je bil glavni cilj upoštevne transakcije pridobitev davčne ugodnosti.

57 – Glej sodbo Halifax, navedeno v opombi 50, točki 74 in 75.

58 – Sodba Lankhorst-Hohorst, navedena v opombi 2.

– kadar se ugotovi, da so plačila zloraba (prikrita izplačila) v zgornjem pomenu, se le presežni del plačil nad plačili, ki bi se odobrila pod neodvisnimi tržnimi pogoji, označi kot izplačilo in ustrezno obdavči v državi rezidentstva odvisne družbe in

– nad rezultati take preiskave mora biti opravljen sodni nadzor. [59]

68. Prav tako ne menim, da bi morale države članice zaradi skladnosti s členom 43 ES razširiti zakonodajo o podkapitalizaciji le na domače razmere, kjer ni možnosti zlorabe. Zelo obžalovanja vredno se mi zdi, da je pomanjkanje jasnosti glede področja uporabe člena 43 ES o upravičenju na podlagi zlorabe pripeljalo do položajev, ko so se države članice, ki jim ni bilo jasno, v kakšnem obsegu lahko uzakonijo *prima facie* „diskriminatorno" zakonodajo proti zlorabam, čutile dolžne, da „igrajo varno igro" tako, da so področje uporabe svojih pravil razširile le na domače razmere, kjer ni možnosti zlorabe. [60]

Taka razširitev zakonodaje na položaje, ki jih ta zakonodaja v celoti ne utemeljuje, le zaradi formalističnih ciljev in s tem, da je domačim družbam in davčnim organom veliko dodatno administrativno breme, je brez pomena in je za gospodarsko učinkovitost neproduktivna. Kot taka je v nasprotju z načeli notranjega trga.

69. Dodal bi še, da se strinjam s Komisijo, da mora zato, da bi bila uporaba pravil podkapitalizacije sorazmerna z njihovim ciljem, država članica, ki uporablja taka pravila, s SDO zagotoviti, da se prekvalifikacija transakcije v davčni pristojnosti države članice kaže v nasprotni prekvalifikaciji (to je od prejema plačil obresti do prejema izplačila dividend) v državi članici, v kateri ima matična družba sedež. Če se to ne zgodi, bi se po mojem mnenju preseglo to, kar je nujno potrebno za dosego cilja pravil podkapitalizacije, in bi naložilo skupini kot celoti nesorazmerno breme (dvojno obdavčenje). Sicer sem že ugotovil, da je treba učinek SDO na položaj davkoplačevalca upoštevati pri ugotavljanju skladnosti zakonodaje države članice s členom 43 ES. [61] Proti temu se vloži ugovor, da ni obramba proti tožbi za kršitev člena 43 ES, da se trdi, da je druga država pogodbenica

59 – Glej sodbo Leur-Bloem, navedeno v opombi 50, točka 41.

60 – Primer je razširitev nemških pravil o podkapitalizaciji v celoti na domače položaje po sodbi Lankhorst-Hohorst, navedeni v opombi 2.

61 – Glej moje sklepne predloge v zadevah ACT (navedena v opombi 27, točka 71 in naslednje) in Denkavit (navedena v opombi 27, točka 33 in naslednje).

SDO kršila obveznosti, ki jih določa SDO, s tem, da pri obravnavanju plačil, ki jih je prejela matična družba, ni upoštevala njihove prekvalifikacije, ki jo je opravilo Združeno kraljestvo. [62]

70. Iz zgoraj navedenega je jasno, da sta besedilo zakonodaje o podkapitalizaciji in način njene uporabe v praksi bistvenega pomena za ugotavljanje, ali ustreza preizkusu sorazmernosti.

71. Če pogledamo denimo edini drugi primer do danes, v katerem je Sodišče obravnavalo nacionalno zakonodajo o podkapitalizaciji, Lankhorst-Hohorst, je nemška zakonodaja, ki je bila izpodbijana v tistem primeru, določala, da je treba plačila prekvalificirati, če je bil znesek posojil več kot trikrat višji od sorazmernega lastniškega kapitala delničarja (to je določeno merilo), in to predpostavko je mogoče ovreči le, če bi odvisna družba „lahko dobila posojilo od tretje stranke pod drugače podobnimi pogoji ali če posojilo pomeni sredstva, izposojena zaradi financiranja običajnih bančnih transakcij“. [63] To pomeni, kot sem ugotovil zgoraj, da kadar zlorabe ni bilo, predpostavke ni bilo mogoče ovreči, posojilo pa kljub temu ni izpolnjevalo zakonodajnega merila (kot v tistem primeru, ko je Sodišče pojasnilo, da je namen posojila, da pomaga odvisni družbi, ki ustvarja izgubo, z znižanjem bremena obresti iz bančnega posojila, kadar izguba močno presega obresti, plačane matični družbi). V nadaljevanju je videti, da je bil učinek nemške zakonodaje prekvalifikacija ne le presežnega dela plačila nad plačili, ki bi se odobrila pod poslovnimi pogoji, ampak celotnega plačila, ki ga je plačala odvisna družba matični družbi. Nazadnje, glede na pogoje sodbe se zdi, da veljavni SDO ne uvaja mehanizma, ki bi zagotavljal, da bodo nemško prekvalifikacijo obresti „izravnale“ druge države članice pogodbenice, da ne bi povzročile dvojnega obdavčevanja.

72. Kot je Združeno kraljestvo opozorilo v trditvah, je bil (in je) položaj na podlagi zakonodaje Združenega kraljestva, ki je v zadevnem primeru predmet presoje, v več pogledih drugačen.

73. Po zakonodaji, ki se je uporabljala v Združenem kraljestvu do leta 1995, so se obresti, ki jih je plačala družba – posojilodajalcu rezidentu ali nerezidentu – pri vračilu posojila, če so pomenile več kot razumen gospodarni donos navedenega posojila, štele za razdelitev dobička te družbe do zneska, ki

62 – Glej na primer zadevo Denkavit, navedeno v opombi 27 zgoraj, točka 43.

63 – Sodba Lankhorst-Hohorst, navedena v opombi 2, točka 3.

je presegal tak donos (člen 209(2)(d) TA). Vse obresti, ki so plačane posojilodajalcu nerezidentu Združenega kraljestva iz iste skupine družb (ki niso obresti, ki se za razdeljeni dobiček štejejo na podlagi člena 209(2)(d)), se v vsakem primeru opredelijo kot „razdeljeni dobiček“.[64] Ta določba je bila očitno nesorazmerna glede na to, kar sem opisal zgoraj, iz dveh razlogov. Prvič, posojilo, ki ga je odvisni družbi s sedežem v Združenem kraljestvu odobrila matična družba rezidentka druge države članice, je bilo v vseh primerih prekvalificirano v razdelitev, brez ugotavljanja skladnosti z neodvisnim tržnim preizkusom. Drugič, taka odvisna družba ni imela nobene priložnosti, da bi dokazala, da je bilo posojilo pridobljeno iz veljavnih poslovnih razlogov in ne le zaradi zlorabe za pridobitev davčne ugodnosti. To splošno pravilo je preseglo to, kar je bilo potrebno za dosego cilja prava Združenega kraljestva.

74. Združeno kraljestvo trdi, da je bil učinek SDO, ki jih je sklenilo z drugimi državami članicami, ta, da je bilo obresti v bistvu mogoče odbiti, razen in če je bila obrestna mera previsoka. Obresti so bile previsoke, če je pri starejših SDO, ki so temeljili na vzorčni konvenciji iz leta 1963,[65] obrestna mera presegla, kar se je ob upoštevanju zneska dolga štelo za poslovno, ali pri novejših SDO, ki temeljijo na poznejših vzorčnih konvencijah OECD,[66] če je znesek obresti iz kakršnega koli razloga presegel to, kar bi bilo plačano v okoliščinah svobodne konkurence, ker sta bila obrestna mera in znesek posojila neposlovna. Dalje, za drugo skupino SDO od leta 1992 naprej so bile zakonsko določene smernice glede okoliščin, ko je znesek posojila ali obrestna mera za to posojilo presegel to, kar bi se odobrilo v okoliščinah svobodne konkurence, vsebovane v členu 808A ICTA. Te smernice so določale, da je treba pri vrednotenju tega, da ni posebnih razmerij, upoštevati vse dejavnike, vključno z vprašanjem, ali bi bilo posojilo, če ne bi bilo posebnih razmerij (med upnikom in dolžnikom obresti), kljub temu dano, in v takem primeru, kakšna bi bili posojeni znesek in dogovorjena obrestna mera ter drugi pogoji, o katerih bi se dogovorili.[67]

75. Besedilo vsake od teh skupin SDO se mi načeloma zdi sorazmerno z navedenim ciljem zakonodaje Združenega kraljestva o preprečevanju zlorab. Podlaga za vrednotenje je neodvisno tržno načelo v vsakem primeru. V nobenem primeru ni absolutno določene odredbe (kot je določeno razmerje dolg-lastniški kapital) o tem, kaj je dovoljeno: vsaka skupina dovoljuje, glede na pogoje, ki

64 – Člen 209(2)(e)(iv) in (v) ICTA.
65 – Na primer SDO Luksemburga, Nemčije, Španije in Avstrije.
66 – Na primer SDO Nizozemske, Francije, Irske in Italije.
67 – Člen 808A(2) ICTA.

se uporabljajo, da se pri določanju tega, kaj je poslovno, upoštevajo okoliščine vsakega primera. Poleg tega se v vsakem primeru le presežni del čezmejnih plačil (nad plačili, ki bi se plačala pod poslovnimi pogoji) prekvalificira v izplačilo. Zato se mi zdi, da take določbe člen 43 ES načeloma upravičuje. Ta ugotovitev drži glede na spodaj navedene pogoje, katere pa mora preveriti nacionalno sodišče.

76. Prvič, davkoplačevalec mora imeti možnost dokazati, in to brez čezmernih bremen, da je bila transakcija izpeljana zaradi dejanskih poslovnih razlogov, ki so drugi kot pridobitev davčne ugodnosti. Čeprav si je, kot sem ugotovil zgoraj, mogoče predstavljati, da so okoliščine za tako prikazovanje omejene (primer je, ko matična družba rešuje odvisno družbo), mi iz besedila vzorčnih SDO, ki so bili predloženi Sodišču, ni jasno, ali je na podlagi sistema Združenega kraljestva ta možnost obstajala. To mora ugotoviti nacionalno sodišče na podlagi dejstev iz zadeve, ki mu je predložena.

77. Drugič, ta analiza temelji le na formalnem besedilu takih SDO, ki so bili predloženi Sodišču. Če bi na primer organi Združenega kraljestva uporabljali te določbe v praksi tako, da bi to pomenilo absolutno neprilagodljivo pravilo, ki bi veljalo ne glede na okoliščine posamezne obravnavane zadeve in brez možnosti za davkoplačevalca, da se zagovarja ter da se upoštevajo take okoliščine (ali če v resnici ne bi izvajali določb SDO, kar bi pomenilo, da velja člena 209(2)(e)(iv) in (v)), bi bilo to še vedno nesorazmerno. Medtem ko obstoj „predhodnega postopka preverjanja“, kjer lahko davkoplačevalci ugotavljajo svoj položaj, preden se za njih uporabijo določbe podkapitalizacije, v korist dobre administracije dodaja davčnim sistemom držav članic dobrodošlo preglednost in gotovost, po mojem mnenju ni odločilen za skladnost sicer sorazmernih nacionalnih pravil s členom 43 ES. Opozarjam, da v zadevnem primeru Test Claimants izpodbijajo učinkovitost in zanesljivost predhodnega postopka preverjanja, na katerega se sklicuje Združeno kraljestvo pri potrjevanju svojih trditev.

78. Tretjič, analiza očitno velja le, če je Združeno kraljestvo dejansko sklenilo SDO s takim besedilom z zadevno državo članico. Iz predložitvenega sklepa število podobnih SDO, ki so bili sklenjeni med Združenim kraljestvom in državami članicami, ni jasno.

79. Nazadnje, tudi v primerih, ki jih urejajo taki SDO, bi bila, kot sem ugotovil zgoraj, skladnost pravil s členom 43 ES odvisna od vzajemnega priznanja prekvalifikacije Združenega kraljestva, ki ga da druga država članica, ki je pogodbena stranka SDO (zlasti da se zagotovi, da prekvalifikacija ne povzroči dvojnega obdavčenja). Kot sem ugotovil zgoraj, se Združeno kraljestvo ne more braniti s trditvijo, da je druga država pogodbenica SDO kršila svoje obveznosti, določene v SDO, s tem, da pri obravnavanju plačil, ki jih je prejela matična družba, ni upoštevala njihove prekvalifikacije, ki jo je opravilo Združeno kraljestvo. Medtem ko opozarjam, da v zadevnem primeru Združeno kraljestvo trdi, da je bila ustrezna prilagoditev dejansko skoraj vedno opravljena, mora nacionalno sodišče raziskati, ali je bilo tako tudi v zadevi, ki mu je bila predložena.

80. K temu bi še dodal, da v nasprotju z ugovori Test Claimants dejstvo, da se lahko domači neodvisni tržni „preizkus“ prekvalifikacije, naveden v členu 209(2)(d), razlikuje od „preizkusa“ na podlagi SDO (ali je širši od takega preizkusa), samo po sebi ne pomeni, da so pravila Združenega kraljestva kršila člen 43 ES: kot sem ugotovil zgoraj, držav članic ni mogoče upravičeno pozvati, naj v celoti domača posojila v skupini ovrednotijo enako kot čezmejna posojila, ki so dana v skupini za to. Poleg tega bi lahko razširitev vrednotenja tako, da bi se raziskovalo ne le, ali je odobrena obrestna mera, ampak tudi znesek posojila, glede na poslovne pogoje popolnoma v skladu s pravom Združenega kraljestva, katerega cilj je preprečevanje zlorab, ker lahko povišanje zneska posojila na znesek, ki ne ustreza več poslovnim pogojem, teoretično pomeni enako učinkovit način „prenosa“ obdavčenja dobičkov v drugo pristojnost.

81. Zdaj pa po vrsti k sorazmernosti sprememb, ki so bile uvedene v letu 1995. Kot opozarja Združeno kraljestvo, so te spremembe v bistvu vključile neodvisno tržno načelo, ki je prej učinkovalo po SDO, v zakonsko obliko. Določale so, da je treba obresti, ki se plačajo med člani skupine in presegajo znesek, ki bi se plačal, če ne bi bilo posebnih razmerij med strankami, obravnavati kot izplačilo.[68] Posojilo se je obravnavalo, kot da je bilo odobreno, kot da so obstajala posebna razmerja med strankami, kadar je celotno posojilo ali njegov del pomenilo „znesek, ki ga drugi družbi ne bi bilo treba plačati, če bi bile družbe take družbe, med katerimi (razen glede zadevnih vrednostnih papirjev) ni razmerij, dogovorov ali drugih povezav, razen če, če sploh, katero koli tako izplačilo pomeni tak znesek […]“.[69] Poleg tega je bil z zakonodajo določen

68 – Člen 209(2)(da) ICTA.
69 – Člen 209(2)(da)(ii) ICTA.

seznam meril, na podlagi katerih je treba plačilo obresti opredeliti kot razdeljeni dobiček. To so bili: znesek skupne zadolžitve posojilojemalca; ali bi se lahko pričakovalo, da bi posojilojemalec in določena oseba postala stranki v poslu, v okviru katerega bi družba izdajateljica taki družbi izdala vrednostni papir ali bi ji bilo odobreno posojilo ali posojila v določenem znesku; obrestna mera ter drugi pogoji, za katere bi se lahko pričakovalo, da bodo veljali v vsakem posameznem primeru za tak posel.

82. Na prvi pogled in iz razlogov, ki so podobni tistim, o katerih se je razpravljalo v zvezi s pravom, ki je veljalo pred letom 1995, se mi zdijo pogoji te zakonodaje načeloma sorazmerni, odvisno od štirih pomembnih opredelitev, ki sem jih določil zgoraj. Preizkus prekvalifikacije izrecno temelji na neodvisnem tržnem načelu, kot je določeno s seznamom meril. V zadevnem primeru ni ugovora, da v teh merilih in zaradi načina zapisa zakonodaje neodvisno tržno načelo ni ustrezno izraženo. Ponovno, to, da določbe ne veljajo, kadar sta dolžnik obresti in njihov upnik oba zavezanca za davek od dohodkov pravnih oseb v Združenem kraljestvu, [70] samo po sebi ne pomeni, da so te določbe nesorazmerne.

83. Enake ugotovitve veljajo za ugotavljanje sorazmernosti sprememb pravil, ki jih je izvedlo Združeno kraljestvo leta 1998, ki obravnavajo vprašanje podkapitalizacije kot del splošnih pravil v zvezi s transfernimi cenami. Kot referenčna točka je spet uporabljeno merilo tega, da ni posebnih razmerij, ki je tokrat izraženo kot „drugačna, kot bi bila, če ti družbi ne bi bili pod skupnim nadzorom“. Ponovno veljajo enake opredelitve, kot sem jih navedel zgoraj.

84. Medtem ko je Združeno kraljestvo leta 2004 spremenilo pravila v zvezi s transfernimi cenami, tako da so veljala tudi takrat, kadar sta bili obe stranki v poslu zavezanca za plačilo davka v Združenem kraljestvu, je iz tega, kar sem že poudaril, jasno, da to po mojem mnenju ni potrebno, da bi bila pravila v skladu s členom 43 ES.

b) Utemeljitev z razlogi davčne doslednosti?

85. Druga utemeljitev, ki jo je navedlo Združeno kraljestvo, je, da je bila sporna zakonodaja potrebna, da se je zagotovila doslednost davčnega sistema. Stališče Združenega kraljestva je, da je bil cilj zakonodaje zagotoviti, da se prikrita izplačila obdavčijo le enkrat in v ustrezni davčni pristojnosti (kot je pristojnost, v kateri so bili dobički ustvarjeni).

70 – Člen 212(1) in (3) ICTA.

Združeno kraljestvo v nadaljevanju trdi, da če pogledamo davčno doslednost s stališča ravni skupine in Skupnosti, je uporaba pravil te davčne doslednosti o dokapitalizaciji zagotavljala doslednost pri zagotavljanju, da dobičkov ni mogoče „izvažati“ z uporabo umetnega konstrukta, da bi bili obdavčeni tam, kjer niso bili ustvarjeni.

86. To trditev je mogoče obravnavati na kratko, ker pri uporabi v zadevnem okviru po mojem mnenju sproža natanko enaka vprašanja in veljajo za njo enake omejitve, kot so obravnavani zgoraj za utemeljitev z razlogi proti zlorabi.

87. Mogoče pa je sprejeti nekatere splošne ugotovitve o naravi in delovanju precej amorfne obrambe „davčne doslednosti“. Sodišče je to obrambo sprejelo le v eni zadevi – Bachmann [71] –, čeprav je bila neuspešno navedena tudi v mnogih poznejših zadevah. V zadevi Bachmann je Sodišče uporabilo ta koncept, da bi izrazilo idejo, da bi lahko Belgija upravičeno ohranila „povezavo“ med odbitki prispevkov na podlagi pogodb o pokojninskem in življenjskem zavarovanju ter nato obveznostjo plačila davka v Belgiji za zneske, ki se izplačajo na podlagi teh pogodb. Belgija je upravičeno omejila odbitek prispevkov na primere, ko lahko obdavči zneske, ki se pozneje izplačajo. Sodišče je poudarilo, da mora zato, da se lahko sklicuje na tako obrambo, obstajati „neposredna povezava“ med priznanjem davčne ugodnosti in izravnavo take ugodnosti s fiskalno dajatvijo. V zadevah, kot je Verkooijen, je Sodišče poudarilo, da sta se v zadevi Bachmann davčna ugodnost in neugodnost nanašali na isti davek in istega davkoplačevalca, in je zavrnilo uporabo obrambe na podlagi dejanskega stanja te zadeve, ker se je nanašala na dva ločena davka, ki sta bila odmerjena različnim davkoplačevalcem. [72] Tak pristop se je nadaljeval v zadevah, kot sta Baars in Bosal. [73]

88. Omejitvi obsega obrambe na formalistični „en davek, en davkoplačevalec“ sta med drugim nasprotovala generalna pravobranilca Kokott in Maduro v sklepnih predlogih v zadevah Manninen in Marks & Spencer. [74] Sodišče je v teh zadevah očitno res zavzelo širši pristop h konceptu. V zadevi Manninen je, medtem ko je zavrnilo obrambo na podlagi dejanskega stanja o tej zadevi, utemeljilo, da je bila v tej zadevi doslednost finskega davčnega sistema zagotovljena, če je obstajala povezava (zveza) med davčno ugodnostjo, ki je bila priznana v korist delničarja (davčni odbitek) in

71 – Sodba Bachmann, navedena v opombi 46 (glej tudi sodbo z dne 28. januarja 1992 v vzporedni zadevi Komisija proti Belgiji (C-300/90, Recueil, str. I-305) o zelo podobnih vprašanjih).

72 – Sodba z dne 6. junija 2000 v zadevi Verkooijen (C-35/98, Recueil, str. I-4071, točka 58).

73 – Sodba Baars, navedena v opombi 19, in sodba z dne 18. septembra 2003 v zadevi Bosal (C-168/01, Recueil, str. I-9409).

74 – Sodba z dne 7. septembra 2004 v zadevi Manninen (C-319/02, ZOdl., str. I-7477) in sodba Marks & Spencer, navedena v opombi 26.

davkom od dohodkov pravnih oseb, ki je bil plačan od dobička iz takih delnic. To, da davek od dohodkov ni bil plačan na Finskem, ampak na Švedskem, ne izniči povezave.[75] V zadevi Marks & Spencer je Sodišče utemeljitev oblikovalo nekoliko drugače, ko je uporabilo koncept „enakomerne porazdelitve pristojnosti obdavčenja med državami članicami“.[76] Medtem ko je nacionalna zakonodaja, ki je omejila olajšavo za skupine na rezidentne odvisne družbe rezidentne matične družbe, načeloma zasledovala legitimen cilj zaščititi enakomerno porazdelitev davčne pristojnosti – to, da imajo odvisne družbe možnost, da se njihove izgube upoštevajo v državi rezidentstva ali drugi državi, bi lahko ogrozilo to ravnotežje –, so bila v tej zadevi po sodbi Sodišča sredstva, ki jih je upoštevalo pravo Združenega kraljestva pri doseganju tega cilja, nesorazmerna.

89. Glede na navedeno bi se lahko nekomu oprostilo, da se počuti negotovega glede obsega in naloge take obrambe. Po mojem mnenju je v veliki večini zadev, v katerih je Sodišče zavrnilo uporabljivost obrambe (kot odgovor na nekatere trditve strank o tej zadevi), dejansko le izrazilo osnovna načela nediskriminacije, ki sem jih poudaril v sklepnih predlogih v zadevah ACT, FII, Kerkhaert in Morres, ter Denkavit, in sicer: 1. če države članice delujejo v vlogi domače države, ne smejo ustvarjati diskriminacije med tujim in domačim dohodkom, če nad prvim izvajajo davčno pristojnost, in 2. če države članice delujejo v vlogi države izvora, ne smejo ustvarjati diskriminacije med dohodkom nerezidentov in rezidentov, če nad prvim izvajajo davčno pristojnost.[77] Primera sta zadevi Verkooijen in Manninen, kjer je Sodišče potrdilo obveznost prepovedi diskriminacije, ki jo ima domača država, s tem, da je zavrnilo trditve nizozemske in finske vlade, da med davčno ugodnostjo (oprostitvijo in odbitkom) in plačanim davkom (ki je bil, tako kot tuji dohodek, plačan v drugi državi članici) ni bilo ustrezne povezave.[78] Podobno je Sodišče v sodbi Marks & Spencer izrazilo omejitve obveznosti prepovedi diskriminacije (ki velja za domačo državo) – ker Združeno kraljestvo ni izvajalo pristojnosti za odvisne družbe nerezidentke matičnih družb s sedežem v Združenem kraljestvu, je bilo načeloma skladno, da ni dovolilo, da bi matična družba s sedežem v Združenem kraljestvu odbila izgube takih odvisnih družb.[79] Vsaka

75 – Sodba Manninen, navedena v opombi 74, točka 46.

76 – Sodba Marks & Spencer, navedena v opombi 26, točka 46.

77 – Glej opombo 27.

78 – Sodbi Verkooijen (navedena v opombi 72) in Manninen (navedena v opombi 74).

79 – Sodba Marks & Spencer, navedena v opombi 26.

„omejitev“ čezmejnega delovanja, ki bi izhajala iz takih omejitev odbitkov izgub, ne bi bila rezultat diskriminacije, ampak kvaziomejitev.

90. Zato v takih primerih vrednotenja uporabljivosti „obrambe davčne doslednosti“ ni bilo mogoče razlikovati od določanja, ali je nacionalna zakonodaja diskriminatorna. Zato bi se v veliki večini primerov nekdo lahko spraševal, ali ima obramba „davčne doslednosti“ zares kakšno uporabno ločeno nalogo.

91. V zadevnem primeru je po mojem mnenju rezultat uporabe utemeljitve na podlagi davčne doslednosti popolnoma enak kot pri utemeljitvi ukrepov proti zlorabi, ki sem jo razložil zgoraj. Združeno kraljestvo načeloma lahko na podlagi sprejetega neodvisnega tržnega načela porazdelitve skuša uveljaviti davčna pravila, ki veljajo znotraj njegove davčne pristojnosti (to je razlikovanje v davčnem obravnavanju obresti in razdelitve dobička) in preprečiti njihovo zlorabo, vendar le ob upoštevanju sorazmernosti.

4. Sklep glede prvega vprašanja

92. Iz teh razlogov je po mojem mnenju na prvo vprašanje nacionalnega sodišča treba odgovoriti, da člen 43 ES ne nasprotuje ohranjanju v veljavi in uporabi nacionalnih davčnih določb, kakršne so določbe, veljavne v Združenem kraljestvu, ki se obravnavajo v zadevnem primeru in na osnovi neodvisnega tržnega preizkusa omejujejo možnost odvisne družbe rezidentke Združenega kraljestva, da za davčne namene odbije obresti, ki jih je neposredni ali posredni matični družbi nerezidentki plačala pri vračilu posojila, medtem ko za odvisno družbo ne bi veljale take omejitve, če bi bila matična družba rezidentka Združenega kraljestva, če: 1. lahko odvisna družba kljub temu brez nepotrebnih obremenitev dokaže, da je bila transakcija opravljena le zaradi poslovnih razlogov, ki so drugi kot pridobitev davčne ugodnosti, in 2. Združeno kraljestvo zagotovi, da država rezidentstva matične družbe vzajemno prizna vsako prekvalifikacijo Združenega kraljestva glede obresti, ki jih je plačala odvisna družba.

C – *Drugo vprašanje*

93. Z drugim vprašanjem predložitveno sodišče v bistvu sprašuje, ali bi bil odgovor na prvo vprašanje drugačen, če odvisni družbi

rezidentki Združenega kraljestva posojila ne bi dala matična družba, ampak vmesna družba posojilodajalka, ki je družba iz iste skupine družb, in če taka družba posojilodajalka in/ali matična družba ne bi bili rezidentki druge države članice, ampak tretje države.

94. Kot sem ugotovil zgoraj, ker velja sporna zakonodaja Združenega kraljestva samo, kadar ena družba izvaja določen vpliv na odločitve druge družbe v smislu sodne prakse sodišča, je treba obravnavati le njeno skladnost s členom 43 ES. Zadevna prepoved, ki je za te namene vključena v ta člen, je prepoved omejitev, da bi družbe, ki so oblikovane v skladu z zakonodajo države članice in ki imajo statutarni sedež, glavno upravo ali glavni kraj poslovanja v Skupnosti, ustanavljale odvisne družbe. [80]

95. To po mojem mnenju pomeni, da, če je neposredna ali posredna matična družba – katere pravica do ustanavljanja je domnevno omejena – rezidentka države članice (ki ni Združeno kraljestvo), velja člen 43 ES (in zgoraj navedena analiza). Ta sklep se ne spremeni, če je lahko vmesna družba posojilodajalka, ki je dejansko dala posojilo, rezidentka tretje države. Zato je analiza enaka kot pri prvem vprašanju v scenariju iz drugega vprašanja, točka a) (matična družba in družba posojilodajalka sta rezidentki druge države članice).

96. Nasprotno, če je neposredna ali posredna matična družba rezidentka tretje države, člen 43 ES načeloma ne velja, tudi če je posojilo dejansko dal drug član iz iste skupine, ki je rezident druge države članice. Rezultat je, da v scenariju iz drugega vprašanja, točka (d) (matična družba in družba posojilodajalka rezidentki tretjih držav), člen 43 ES ne velja (kot tudi ne katera koli druga določba Pogodbe ES o prostem pretoku).

97. Izjema bi bila, če ima družba posojilodajalka določen vpliv na odločitve odvisne družbe s sedežem v Združenem kraljestvu (to je, kadar je država s sedežem v Združenem kraljestvu dejansko odvisna družba družbe posojilodajalke) in kadar pravila Združenega kraljestva vsebujejo diskriminacijo odvisne družbe s sedežem v Združenem kraljestvu, ki temelji na lokaciji družbe posojilodajalke. V takem primeru se domnevna omejitev nanaša na pravico do ustanavljanja, ki velja

80 – Glej člen 48 ES.

za družbo posojilodajalko in ne za matično družbo s sedežem v tretji državi. Tako v scenarijih iz drugega vprašanja, točki (b) in (c) (družba posojilodajalka rezidentka druge države članice in matična družba rezidentka tretje države), zgoraj navedena analiza za člen 43 ES velja le, kadar je posojilojemalec s sedežem v Združenem kraljestvu odvisna družba družbe posojilodajalke. To velja tudi ne glede na spremembo iz drugega vprašanja, točka (c) (posojilo, ki ga je dala podružnica s sedežem v tretji državi družbe posojilodajalke rezidentke države članice), če družba posojilodajalka izpolnjuje pogoje za uporabo člena 43 ES, kot so navedeni v členu 48 ES (to je, če je oblikovana v skladu s pravom države članice in ima statutarni sedež, glavno upravo ali glavni kraj poslovanja v Skupnosti).

98. Iz teh razlogov bi bilo na drugo vprašanje nacionalnega sodišča treba odgovoriti, da člen 43 ES in analiza, navedena v mojem odgovoru na prvo vprašanje, veljata, če: a) posojilo zagotovi družba posojilodajalka in ne matična družba, če sta obe rezidentki druge države članice, kot je Združeno kraljestvo, ali b) je družba posojilodajalka rezidentka druge države članice, kot je Združeno kraljestvo, in je družba posojilojemalka odvisna družba družbe posojilodajalke, tudi če je njuna skupna matična družba rezidentka tretje države ali če družba posojilodajalka odobri posojilo po podružnici v tretji državi. Vendar člen 43 ES ne velja, če: a) je družba posojilodajalka rezidentka druge države članice, kot je Združeno kraljestvo, družba posojilojemalka ni odvisna družba družbe posojilodajalke, njuna skupna matična družba pa je rezidentka tretje države, ali b) so družba posojilodajalka in vse skupne neposredne ali posredne matične družbe posojilodajalke in družbe posojilojemalke rezidentke tretjih držav.

D – *Tretje vprašanje*

99. S tretjim vprašanjem predložitveno sodišče sprašuje, ali bi bila odgovora na prvo in drugo vprašanje drugačna, če bi bilo mogoče dokazati, da je posojilo pomenilo zlorabo pravic ali je bilo del umetnega konstrukta za izognitev davčni zakonodaji države članice družbe posojilojemalke. Ker je odgovor na to vprašanje del mojega odgovora na prvo vprašanje in je zlasti vsebovan v členu, ki obravnava uporabljivost utemeljitve proti zlorabi, ki jo je navedlo Združeno kraljestvo, nanj na tem mestu ne bom posebej odgovoril.

E – *Četrto vprašanje*

100. S četrtim vprašanjem predložitveno sodišče sprašuje, ali je, če bi obstajalo

omejevanje prostega pretoka kapitala med državami članicami in tretjimi državami v smislu člena 56 ES, tako omejevanje obstajalo 31. decembra 1993 za namene člena 57 ES. Ker sem na to vprašanje odgovoril v oddelku V-A, kjer sem ugotovil, da je treba pravo Združenega kraljestva ovrednotiti le glede skladnosti s členom 43 ES in ne členom 49 ES ali 56 ES, na tem mestu nanj ne bom posebej odgovoril.

F – *Peto do deseto vprašanje*

101. Vprašanja predložitvenega sklepa od petega do desetega sprožajo vprašanja glede narave pravnih sredstev, ki bi morala biti na voljo prizadetim odvisnim družbam rezidentkam Združenega kraljestva ali drugim družbam iz iste skupine, če bi zadevna zakonodaja Združenega kraljestva kršila katero koli določbo Skupnosti iz teh vprašanj.

102. Iz mojega odgovora na prvo vprašanje je jasno, da se vprašanje pravnih sredstev pojavi le v dokaj omejenih pogojih, ker so po mojem mnenju pravila Združenega kraljestva na splošno v skladu s členom 43 ES. Vprašanje pravnih sredstev se zato uporablja le, če: 1. davkoplačevalec lahko dokaže, da so bila plačila, ki jih je Združeno kraljestvo prekvalificiralo v skladu s temi pravili, opravljena zaradi dejanskih poslovnih razlogov, ki so drugi kot pridobitev davčne ugodnosti; 2. glede položajev, ki jih urejajo pravila, ki so bila v veljavi do leta 1995, ni bil v veljavi SDO, ki bi predpisoval neodvisni tržni preizkus, in lahko davkoplačevalec dokaže, da bi plačila, ki jih je Združeno kraljestvo prekvalificiralo v skladu s temi pravili, opravila neodvisni tržni preizkus, ali da so bila taka plačila opravljena zaradi dejanskih poslovnih razlogov, ki so drugi kot pridobitev davčne ugodnosti; 3. država članica matične družbe ni vzajemno priznala prekvalifikacije plačila, ki jo je opravilo Združeno kraljestvo, zato je nastalo dvojno obdavčenje plačila, ki ga sicer ne bi bilo.

103. Zaradi ozkega obsega okoliščin in ker sem podobna vprašanja obravnaval v sklepnem predlogu v zadevi Test Claimants in the FII Group Litigation,[81] bom na ta vprašanja odgovoril kratko.

104. Kot sem ugotovil v sklepnih predlogih v zadevi *FII*,[82] je Sodišče v skladu s tem razsodilo, da je pravica do vračila davka, ki

81 – Sklepni predlogi v zadevi FII, navedeni v opombi 27, točka 125 in naslednje.

82 – *Ibidem*, točka 126 in navedeni primeri.

je bil v državi članici odmerjen s kršitvijo pravil prava Skupnosti, posledica in dopolnitev pravic, ki jih posameznikom podeljujejo določbe Skupnosti, kot jih je razlagalo Sodišče. Država članica je torej načeloma dolžna vrniti davke, ki so bili odmerjeni s kršitvijo prava Skupnosti. [83] Kadar na področju vračila neupravičeno plačanih zneskov ni predpisov Skupnosti, mora pravni red vsake države članice določiti pristojna sodišča in podrobneje urediti postopkovna pravila pravnih sredstev, katerih namen je varstvo pravic, ki za upravičene subjekte izhajajo iz prava Skupnosti, če ta pravila niso manj ugodna od tistih, ki veljajo za podobna nacionalna pravna sredstva (načelo enakovrednosti), in če v praksi ne onemogočajo ali precej otežujejo uveljavljanja pravic, ki jih podeljuje pravni red Skupnosti (načelo učinkovitosti). [84]

105. Vprašanje, ki se pojavi v tej zadevi, je enako kot v zadevi FII: ali bi bilo treba zahtevke tožečih strank označiti kot zahtevke za vračilo, škodo ali znesek, ki pomeni nezakonito zavrnjeno ugodnost.

106. V tem primeru sem opozoril (s sklicevanjem na zadevo Metallgesellschaft), da se mora nacionalno sodišče načeloma odločiti, kako bodo različni predloženi zahtevki opredeljeni na podlagi nacionalnega prava. Vendar je to pogojeno s tem, da bi morala opredelitev tožečim strankam v vzorčnih zadevah omogočati učinkovito pravno sredstvo za pridobivanje vračila ali odškodnine za finančno izgubo, ki so jo utrpeli in od katere so oblasti upoštevne države članice imele korist zaradi plačila neupravičeno obračunanega davka. [85] Na podlagi te obveznosti mora nacionalno sodišče pri opredeljevanju zahtevkov na podlagi nacionalnega prava upoštevati, da ni nujno, da so pogoji za škodo, kot so določeni v sodbi v zadevi Brasserie du Pêcheur, v zadevnem primeru izpolnjeni, in zagotoviti mora, da je učinkovito pravno sredstvo v takem položaju kljub temu na voljo.

107. Če to uporabimo v zadevnem primeru, se mi zdi, da bi bilo treba postavke olajšav, ki so jih predložili Test Claimants, ovrednotiti na podlagi načel iz sodne prakse Sodišča o vrnitvi nezakonito obračunanih davkov; to pomeni, da taka obdavčitev ne bi smela pomeniti dobička za Združeno kraljestvo in izgube za družbe (ali skupine družb), ki so morale plačati nezakonit davek. [86] Da bi bilo pravno sredstvo, ki je na voljo Test Claimants,

83 – *Ibidem* in navedeni primeri.

84 – Sklepni predlogi v zadevi FII, navedeni v opombi 27, točka 127 in navedeni primeri.

85 – Glej sodbo Metallgesellschaft, navedeno v opombi 36, točka 96.

86 – Glej sklepne predloge generalnega pravobranilca N. Fennellyja v zadevi Metallgesellschaft, navedeni v opombi 36, točka 45.

učinkovito pri pridobivanju vračila ali odškodnine za finančno izgubo, ki so jo utrpeli in od katere so oblasti upoštevne države članice imele korist, bi bilo po mojem mnenju treba to olajšavo razširiti na vse neposredne posledice nezakonito obračunanih davkov. *Prima facie* bi to po mojem mnenju vključevalo: 1. vračilo nezakonito obračunanega davka od dohodkov pravnih oseb (peto vprašanje, točke a), b), c), d)); 2. obnovitev olajšave, ki je bila uporabljena za izravnavo nezakonito obračunanega davka od dohodkov pravnih oseb (peto vprašanje, točka e)), in 3. povračilo neizkoriščene akontacije davka od dohodkov pravnih oseb, ki je bila plačana na izplačila, ki so bila nepravilno opredeljena kot razdelitev (peto vprašanje, točka f)). Poudaril bi, da bi se moralo nacionalno sodišče prepričati, da je bila olajšava iz zahtevka neposredna posledica nezakonito zaračunanega davka.

108. Dodal bi še, da sem v zadevi FII, ki se je nanašala na davčno obravnavanje vstopnih dividend v Združenem kraljestvu, izrazil resne dvome, ali so bili pogoji iz zadeve Brasserie du Pêcheur [87] – in zlasti zahteva po dovolj resni kršitvi – izpolnjeni glede vidikov sistema Združenega kraljestva, ki so kršili pravo Skupnosti. V zadevnem primeru imam glede tega še močnejše dvome. Uporabo člena 43 ES za nacionalno zakonodajo o podkapitalizaciji je Sodišče potrdilo leta 2002 s sodbo Lankhorst-Hohorst [88], vendar tudi po tej sodbi obseg take uporabe ni bil jasen. Poleg tega je Združeno kraljestvo zakonodajo večkrat popravilo, da je postala uporaba pravil preglednejša in, s spremembami iz leta 2004, da bi se upoštevala skladnost s pravom Skupnosti. To se mi ne zdi dovolj, da bi pomenilo očitno in močno prekoračitev omejitev, postavljenih pri izvrševanju njenih pristojnosti, v okviru sodne prakse Sodišča.

109. Nazadnje, v odgovor na deseto vprašanje Sodišča glede upoštevnosti razumne skrbnosti, s katero morajo ravnati oškodovanci, da bi omejili škodo, bi opozoril, da, kot je Sodišče razsodilo v zadevi Metallgesellschaft in v skladu s splošnim načelom nacionalne procesne avtonomije, za zahtevke, kakršno so ti iz postopkov v glavni stvari, veljajo nacionalna procesna pravila, ki lahko od tožečih strank zahtevajo zlasti to, da ravnajo s primerno skrbnostjo, da bi preprečile nastanek izgube ali škode oziroma da bi jo zmanjšale. [89] Ponavljam pa, da morajo pri tem veljati načela, da morajo biti postopkovna pravila enakovredna pravilom, ki urejajo podobne nacionalne tožbe, in ne smejo onemogočati ali precej oteževati uveljavljanja pravic, ki jih podeljuje pravni red Skupnosti. V zadevi Metallgesellschaft je Sodišče na primer raz-

87 – Sodba z dne 5. marca 1996 v združenih zadevah Brasserie du Pecheur in Factortame (C-46/93 in C-48/93, Recueil, str. I-1029).

88 – Sodba Lankhorst-Hohorst, navedena v opombi 2.

89 – Glej sodbo Metallgesellschaft, navedeno v opombi 36, točka 102.

sodilo, da načelo učinkovitosti ne bi bilo izpolnjeno, če bi moralo nacionalno sodišče zavrniti ali omejiti zahtevek za povračilo ali izplačilo odškodnine za izgubo, nastalo samo zato, ker upravičenci pri davčnih organih niso vložili zahteve za pridobitev ugodnosti po režimu obdavčitve, s sklicevanjem neposredno na njihove pravice po pravu Skupnosti, čeprav jim je nacionalno pravo v vsakem primeru odrekalo upravičenost do takega režima obdavčitve. V povezavi s tem ugotavljam, da iz predložitvenega sklepa ni jasno, ali bi v danem primeru nacionalne določbe v zadevnem primeru, v kombinaciji z veljavnimi SDO, v vsakem primeru pripeljale do sklepa, da veljajo omejitve, navedene v prvem vprašanju. Predložitveno sodišče mora preveriti, ali je sporno postopkovno pravilo v skladu z načeli učinkovitosti in enakovrednosti.

učinkovito pravno sredstvo za pridobitev vračila ali odškodnine za finančno izgubo, ki so jo utrpele zaradi davka, ki je bil odmerjen s kršitvijo prava Skupnosti.

G – *Časovna omejitev*

111. Vlada Združenega kraljestva je v ustnih stališčih zahtevala, da naj Sodišče, če bo ugotovilo, da je bilo v zadevnem primeru kršeno pravo Skupnosti, preuči možnost omejitve časovnih učinkov svoje sodbe. Trdi, da bi lahko znašali stroški, ki bi jih imelo Združeno kraljestvo zaradi negativne sodbe, 300 milijonov EUR, glede na veliko število tožečih strank, udeleženih v zadevi. V nadaljevanju prosi, naj v zadevnem primeru Test Claimants ne bi bili izvzeti iz učinka kakršne koli časovne omejitve.

110. Odgovor na vprašanja od petega do desetega bi po mojem mnenju moral biti, da je ob neobstoju ureditve Skupnosti na področju povrnitve neupravičeno plačanih davkov v pristojnosti nacionalnega pravnega sistema vsake države članice, da določi pristojna sodišča in da uredi postopkovne podrobnosti tožb za zagotavljanje varovanja pravic, ki jih imajo davkoplačevalci po pravu Skupnosti, skupaj z navedbo značilnosti tožb, ki so jih tožeče stranke predložile nacionalnemu sodišču. Pri izvajanju take pristojnosti morajo nacionalna sodišča zagotoviti, da imajo tožeče stranke

112. Glede tega je dovolj opozoriti, da izjemno omejena narava okoliščin, v katerih je Združeno kraljestvo prekršilo člen 43 ES, kot sem navedel zgoraj, pomeni, da bodo zneski v sodbah verjetno precej nižji od teh, ki

jih je predvidelo Združeno kraljestvo. V vsakem primeru, kot sem ugotovil v sklepnih predlogih v zadevi FII, bi moralo Združeno kraljestvo pri navajanju tožbenega razloga časovne omejitve zagotoviti, da ima Sodišče pred seboj ustrezne informacije, da lahko izreče sodbo o tem vprašanju. Iz razlogov, ki so podobni razlogom v tisti zadevi – v kateri je Združeno kraljestvo prav tako postavilo vprašanje o časovni omejitvi le na ustni stopnji postopka, ne da bi navedlo, kako je ocenilo stroške zadeve, ali utemeljilo predlagani datum prekinitve učinkov sodbe –, bi moralo Sodišče tožbeni razlog zavrniti.

VI – Predlog

113. Iz teh razlogov menim, da bi moralo Sodišče na vprašanja High Court of Justice of England and Wales (Chancery Division) odgovoriti:

– člen 43 ES ne nasprotuje ohranjanju v veljavi in uporabi nacionalnih davčnih določb, kakršne so določbe, veljavne v Združenem kraljestvu, obravnavane v zadevnem primeru, ki na podlagi neodvisnega tržnega preizkusa omejujejo možnost odvisne družbe rezidentke Združenega kraljestva, da za davčne namene odbije obresti, ki jih je neposredni ali posredni matični družbi nerezidentki plačala pri vračilu posojila, medtem ko za odvisno družbo ne bi veljale take omejitve, če bi bila matična družba rezidentka Združenega kraljestva, če: 1. lahko odvisna družba kljub temu brez nepotrebnih obremenitev dokaže, da je bila transakcija opravljena le zaradi poslovnih razlogov in ne zaradi pridobitve davčne ugodnosti,

in 2. Združeno kraljestvo zagotovi, da država rezidentstva matične družbe vzajemno prizna vsako prekvalifikacijo Združenega kraljestva obresti, ki jih je plačala odvisna družba;

– člen 43 ES in analiza, navedena zgoraj, veljata, če: a) posojilo da družba posojilodajalka in ne matična družba, če sta obe rezidentki druge države članice, kot je Združeno kraljestvo, ali b) je družba posojilodajalka rezidentka druge države članice, kot je Združeno kraljestvo, in je družba posojilojemalka odvisna družba družbe posojilodajalke, tudi če je njuna skupna matična družba rezidentka tretje države ali če družba posojilodajalka odobri posojilo po podružnici v tretji državi. Vendar člen 43 ES ne velja, če: a) je družba posojilodajalka rezidentka druge države članice, kot je Združeno kraljestvo, družba posojilojemalka ni odvisna družba družbe posojilodajalke, njuna skupna matična družba pa je rezidentka tretje države, ali b) so družba posojilodajalka in vse skupne neposredne ali posredne matične družbe posojilodajalke in družbe posojilojemalke rezidentke tretjih držav;

– ob neobstoju ureditve Skupnosti na področju povrnitve neupravičeno plačanih davkov je v pristojnosti nacionalnega pravnega sistema vsake države članice, da določi pristojna sodišča in da uredi postopkovne podrobnosti tožb za zagotavljanje varovanja pravic, ki jih imajo davkoplačevalci po pravu Skupnosti, skupaj z navedbo značilnosti tožb, ki so jih tožeče stranke predložile nacionalnemu sodišču. Pri izvajanju take pristojnosti morajo nacionalna sodišča zagotoviti, da imajo tožeče stranke učinkovito pravno sredstvo za pridobitev vračila ali odškodnine za finančno izgubo, ki so jo utrpele zaradi davka, ki je bil odmerjen s kršitvijo prava Skupnosti.