

**Zadeva C-265/04**

**Margaretha Bouanich**

**proti**

**Skatteverket**

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Kammarrätten i Sundsvall)

„Neposredno obdavčenje – Prosti pretok kapitala – Davek na dividende – Odkup delnic – Odbitek stroškov pridobitve delnic – Različno obravnavanje rezidentov in nerezidentov – Konvencija o izogibanju dvojnega obdavčevanja“

Povzetek sodbe

1. *Prosti pretok kapitala – Omejitve*

*(člena 56 ES in 58 ES)*

2. *Prosti pretok kapitala – Omejitve*

*(člena 56 ES in 58 ES)*

1. Člena 56 ES in 58 ES je treba razlagati tako, da nasprotujeta nacionalni ureditvi, ki določa, da je v primeru zmanjšanja osnovnega kapitala znesek za odkup delnic, plačan delničarju nerezidentu, obdavčen kot izplačilo dividend, brez pravice odbitka stroškov pridobitve teh delnic, medtem ko je isti znesek, izplačan delničarju rezidentu, obdavčen kot dobiček iz odtujitve s pravico odbitka stroškov pridobitve.

Posledica take ureditve je manj privlačen čezmejni prenos kapitala, tako da vlagatelje, ki niso rezidenti te države članice, odvrača od nakupa delnic družb, tamkajšnjih rezidentk, in da omejuje možnosti tem družbam, da zbirajo kapital pri vlagateljih, ki niso rezidenti te države članice.

Ker so stroški pridobitve v neposredni zvezi z zneskom, izplačanim pri odkupu delnic, med rezidenti in nerezidenti v zvezi s tem ni nobene objektivne razlike med položajema, ki bi utemeljila tako različno obravnavanje.

(Glej točke 34, 40, 43 in točko 1 izreka.)

2. Člena 56 ES in 58 ES je treba razlagati tako, da nasprotujeta nacionalni ureditvi, ki izhaja iz konvencije o izogibanju dvojnega obdavčevanja, ki določa najvišjo stopnjo obdavčitve dividend za delničarje nerezidente, ki je nižja od tiste, ki se uporablja za delničarje rezidente, in v okviru obdavčitve odkupa delnic v primeru zmanjšanja kapitala dovoljuje – z razlago te konvencije ob upoštevanju komentarja OECD o zadevni Vzornici konvenciji – odbitek nominalne vrednosti teh delnic od zneska pri odkupu teh delnic, medtem ko imajo delničarji rezidenti pravico, da odbijejo stroške pridobitve teh delnic, razen v primeru, ko delničarji nerezidenti ob uporabi te nacionalne ureditve niso obravnavani manj ugodno od delničarjev rezidentov. Nacionalno sodišče ugotovi, ali je to podano.

(Glej točki 53 in 56 ter točko 2 izreka.)

SODBA SODIŠČA (tretji senat)

z dne 19. januarja 2006(\*)

„Neposredno obdavčenje – Prosti pretok kapitala – Davek na dividende – Odkup delnic – Odbitek stroškov pridobitve delnic – Različno obravnavanje rezidentov in nerezidentov – Konvencija o izogibanju dvojnega obdavčevanja“

V zadevi C-265/04,

katere predmet je predlog za sprejetje predhodne odločbe na podlagi člena 234 ES, ki ga je vložilo Kammarrätten i Sundsvall (Švedska) z odločbo z dne 17. junija 2004, ki je prispela na Sodišče 24. junija 2004, v postopku

**Margaretha Bouanich**

proti

**Skatteverket,**

SODIŠČE (tretji senat),

v sestavi A. Rosas, predsednik senata, J. Malenovský, S. von Bahr, A. Borg Barthet in U. Löhmus (poročevalec), sodniki,

generalna pravobranilka: J. Kokott,

sodni tajnik: R. Grass,

na podlagi pisnega postopka,

na podlagi stališč, ki so jih predložili:

- za M. Bouanich J. Grönlund, skattejurist,
- za švedsko vlado A. Kruse, zastopnik,
- za Komisijo Evropskih skupnosti R. Lyal in L. Ström van Lier, zastopnika,

po predstavitvi sklepnih predlogov generalne pravobranilke na obravnavi 14. julija 2005

izreka naslednjo

**Sodbo**

1 Predlog za sprejetje predhodne odločbe se nanaša na razlago členov 43 ES, 48 ES, 56 ES

in 58 ES.

2 Ta predlog je bil predstavljen v okviru spora med M. Bouanich, francosko državljanke in delničarke švedske delniške družbe Förvaltnings AB Ratos (v nadaljevanju: Ratos) in Skatteverket (švedsko davčno upravo), ker je ta zavrnila vračilo celotnega davka, zaradi česar je ob odkupu njenih delnic s strani te družbe v okviru zmanjšanja osnovnega kapitala.

## Pravni okvir

### *Nacionalna ureditev*

#### Zakon o davku na dividende

3 Švedska ureditev razlikuje med rezidenčnimi in nerezidenčnimi delničarji glede obdavčenja izplačanih zneskov delničarju pri pridobitvi delnic zaradi njihovega umika. Za rezidenčne delničarje je odkup delnic obdavčen kot dobiček iz odtujitve, s pravico odbitka stroškov pridobitve odkupljenih delnic. Ostanek je obdavčen po stopnji 30 %. Vendar odkup od delničarjev, ki niso švedski rezidenti, šteje kot izplačilo dividend, ki ne daje pravice do takega odbitka.

4 Ureditev izplačila dividend je določena v zakonu o obdavčitvi dividend (lag (1970:624) om kupongskatt, v nadaljevanju: zakon iz leta 1970), ki velja le za fizične ali pravne osebe, ki niso rezidenti Švedske ali tam nimajo stalnega prebivališča (v nadaljevanju: nerezidenčni delničarji).

5 Člen 1 zakona iz leta 1970 določa, da mora biti davek plačan državi za vsa izplačila na podlagi delnic, ki jih je izdala švedska družba. Člen 2(2) tega zakona določa, da je „izplačilo“ vsako plačilo delničarju, zlasti v primeru zmanjšanja osnovnega kapitala.

6 Člen 5 tega zakona določa davčno stopnjo na izplačila v višini 30 %, ki je pogosto zmanjšana zaradi uporabe konvencije o izogibanju dvojnega obdavčevanja. Če bi bil davek odtegnjen po višji stopnji, kot je predvidena v tej konvenciji, člen 27 zakona iz leta 1970 določa pravico do vračila.

7 Ta zakon ne daje pravice odbitka stroškov pridobitve odkupljenih delnic. Delničar, za katerega se ta zakon uporabi, je torej zavezan za davek v višini 30 % na celotni znesek, pridobljen za odkup. Vendar lahko veljavne določbe konvencije o izogibanju dvojnega obdavčevanja peljejo do druge rešitve.

#### Francosko-švedska konvencija o izogibanju dvojnega obdavčevanja

8 Konvencija med vlado Francoske republike in vlado Kraljevine Švedske o izogibanju dvojnega obdavčevanja in preprečevanja utaj davka na področju davka od dohodka in davka od premoženja je bila podpisana 27. novembra 1990 in je začela veljati 1. aprila 1992 (v nadaljevanju: francosko-švedska konvencija).

9 Člen 10(1) te konvencije določa:

„Dividende, ki jih plača družba, ki je rezident države pogodbenice, rezidentu druge države pogodbenice, so obdavčljive v tej drugi državi.“

10 Odstavek 2 tega člena določa:

„Te dividende so obdavčljive tudi v državi pogodbenici, katere rezident je družba, ki izplača dividende, v skladu z zakonodajo te države, vendar če je oseba, ki dobi izplačane dividende, dejanski upravičenec, tako določen davek ne more preseči 15 % bruto zneska dividend.“

11 V skladu s členom 10(5) francosko-švedske konvencije zajema izraz „dividende“, uporabljen v tem členu, med drugim prihodke, ki izhajajo iz delnic, ter prihodke, za katere na dan začetka veljave te konvencije velja ureditev o izplačilih na podlagi zakonodaje, ki se uporablja v državi pogodbenici, katere rezident je družba, ki izplača.

12 Iz člena 13(6) te konvencije izhaja, da so vrste kapitalskega dobička, ki izhajajo iz odtujitve vrednostnih papirjev, ki so predmet postopka v glavni stvari, obdavčljive le v zadevni državi, katere rezident je odtujitelj.

13 Ista konvencija temelji na Vzorni konvenciji o izogibanju dvojnega obdavčevanja Organizacije za ekonomsko sodelovanje in razvoj (OECD), h kateremu je ta tudi sestavila komentar.

14 V točki 28 komentarja v zvezi s členom 10 Vzorne konvencije OECD je navedeno, da so dividende ne le izplačila dobička, o katerem se dogovori na letni skupščini delničarjev, temveč tudi druge ugodnosti, ki so izplačane v denarju, kakršne so premijske delnice, bonusi, dobički ob likvidaciji in prikrita izplačila dobička. Ugodnosti, določene v tem členu, veljajo, če jih država, katere rezident je družba, ki zagotovi izplačila, obdavči kot dividende.

15 Točka 31 komentarja v zvezi s členom 13 Vzorne konvencije OECD določa, da se lahko v primeru, če delničar odtuji delnice družbi, ki jih je izdala, ob likvidaciji te družbe ali zmanjšanju njenega osnovnega kapitala, razliko med prodajno ceno in nominalno vrednostjo delnic v državi rezidentstva družbe šteje za razdelitev prenesenih dobičkov, in ne za dobiček iz odtujitve. Ta člen ne nasprotuje temu, da država rezidentstva družbe, obdavči takšna izplačila po stopnji, predvideni v členu 10 Vzorne konvencije OECD. Taka obdavčitev je dopustna, ker je ta razlika vključena v opredelitev izraza „dividende“ iz člena 10(3), kot se razlaga v točki 28 komentarja o tem členu.

16 V skladu s sodno prakso predložitvenega sodišča so določbe francosko-švedske konvencije, ki se razlagajo v smislu Vzorne konvencije OECD in njenega komentarja, pripeljale do spremembe davčne ureditve, predvidene v zakonu iz leta 1970, ker za nerezidente določajo 15-odstotno davčno stopnjo in določajo pravico do odbitka, ki ustreza nominalni vrednosti odkupljenih delnic.

### **Spor o glavni stvari in vprašanja za predhodno odločanje**

17 V okviru zmanjšanja svojega osnovnega kapitala je Ratos 2. decembra 1998 od tožbe stranke, francoske rezidentke, odkupil delnice kategorije B za znesek v višini 8.640.000 SEK (916.000 EUR). Ob plačilu je bil zaračunan davek v višini 15 % na celotno vsoto v znesku 1.300.000 SEK (137.000 EUR), v skladu z zakonom iz leta 1970, v povezavi s francosko-švedsko konvencijo.

18 M. Bouanich je od pristojne davčne uprave zahtevala vračilo celote zaračunanega davka in, podredno, dela davka, zaračunanega na podlagi nominalne vrednosti odkupljenih delnic.

19 Davčna uprava je 28. septembra 1999 ugodila njeni podredni zahtevi in ji vrnila znesek v višini 167.000 SEK (18.000 EUR).

20 M. Bouanich je proti odločbi vložila tožbo pri Länsrätten i Dalarnas län (Švedska) in zahtevala vračilo zneska davka, zaračunanega po viru. Ker je bila ta tožba zavrnjena s sodbo z

dne 29. marca 2001, je tože?a stranka v postopku v glavni stvari vložila pritožbo pri predložitvenem sodiš?u.

21 Ob upoštevanju tega, da Pogodba ES in sodna praksa Sodiš?a ne dajeta jasnega odgovora na vprašanja, predložena v sporu, je Kammarrätten i Sundsvall prekinilo odlo?anje in Sodiš?u v predhodno odlo?anje predložilo ta vprašanja:

„1. Ali ?lena 56 ES in 58 ES dovoljujeta državi ?lanici, da enako kot dividendo obdav?i zneske za pridobitev delnic v umiku, ki ga pla?a delniška družba s sedežem v državi ?lanici v okviru ureditve izpla?il, brez pravice do odbitka stroška pridobitve teh delnic, ?e je znesek pla?an delni?arju, ki nima stalnega prebivališ?a v tej državi ?lanici oziroma ni njen rezident, medtem ko je znesek za pridobitev delnic v umiku iste delniške družbe, pla?an delni?arju, ki ima stalno prebivališ?e v tej državi ?lanici oziroma je njen rezident, obdav?en kot dobi?ek pri odtujitvi s pravico do odbitka stroška pridobitve teh delnic?

2. ?e je odgovor na prvo vprašanje negativen: ?e konvencija o izogibanju dvojnega obdav?evanja med državo ?lanico, v kateri je sedež delniške družbe, in državo ?lanico rezidentstva delni?arja, – upoštevajo? komentar Vzor?ne konvencije o obdav?enju OECD, – dolo?a stopnjo obdav?itve, ki je nižja od tiste, ki v primeru pridobitve delnic v umiku velja za zneske, pla?ane delni?arju v prvi državi ?lanici ter delni?arju v drugi državi ?lanici, in tudi dovoljuje odbitek zneska nominalne vrednosti odkupljenih delnic; ali v teh okoliš?inah ?lena iz prejšnjega vprašanja dovoljujeta državi ?lanici uporabo zgoraj omenjene ureditve?

3. Ali ?lena 43 ES in 48 ES dovoljujeta državi ?lanici uporabo zgoraj omenjene ureditve?“

### **Vprašanja za predhodno odlo?anje**

#### *Prvo vprašanje*

22 Predložitveno sodiš?e s prvim vprašanjem v bistvu sprašuje, ali je treba ?lena 56 ES in 58 ES razlagati tako, da nasprotujeta nacionalni ureditvi, kot je ta v postopku v glavni stvari, ki dolo?a, da je v primeru zmanjšanja osnovnega kapitala znesek odkupljenih delnic, pla?an delni?arju nerezidentu, obdav?en kot izpla?ilo dividend brez pravice odbitka stroškov pridobitve teh delnic, medtem ko je isti znesek, nakazan delni?arju rezidentu, obdav?en kot dobi?ek iz odtujitve, s pravico odbitka stroškov pridobitve.

23 M. Bouanich poudarja, da pomeni zakon iz leta 1970 omejitvev za naložbe tujih investorjev v švedske družbe in diskriminacijo, ki sta v nasprotju s ?lenom 56 ES in ki je ne bi bilo mogo?e utemeljiti niti s ?lenom 58 ES.

24 Švedska vlada ne izpodbija, da obstaja zatrjevana nezdržljivost med zakonom iz leta 1970 in pravom Skupnosti. Priznava, da je posledica švedske ureditve obdav?evanja izpla?ila odkupa delnic ta, da so delni?arji, dav?ni zavezanci, obravnavani druga?e glede na to, ali so na Švedskem omejeno ali neomejeno dav?no zavezani. Posledi?no bi lahko ta ureditev pripeljala do tega, da je delni?ar z omejeno dav?no obveznostjo v?asih bolj obdav?en kot tisti z neomejeno dav?no obveznostjo.

25 Dodaja, da namerava spremeniti to ureditev, tako da bo delni?ar, ki je omejeno dav?no zavezan, upravi?en do odbitka stroškov pridobitve odkupljenih delnic.

26 Komisija Evropskih skupnosti meni, da je jasno razvidno, da švedska ureditev obdav?itve odkupa v primeru zmanjšanja kapitala razlikuje med delni?arji, ki so rezidenti in nerezidenti. Pravica do odbitka stroškov odkupljenih delnic naj bi pomenila dav?no ugodnost, ki delni?arjem

nerezidentom ne bi bila priznana. Ta razlika v obravnavanju delničarjev naj bi povzročila diskriminacijo, ker bi se podobne položaje obravnavalo drugače, kljub temu, da ne bi obstajala nobena objektivna razlika, ki bi utemeljila različno obravnavanje med kategorijama davkoplačevalcev.

27 Komisija zato meni, da diskriminacija, ki jo povzroči zakon iz leta 1970, pomeni omejitev prostega pretoka kapitala v nasprotju s členom 56 ES. Nobena okoliščina, ki bi lahko utemeljila tako omejitev na podlagi člena 58 ES, naj ne bi izhajala iz predložitvene odločbe.

28 Uvodoma je treba spomniti na ustaljeno sodno prakso Sodišča, v skladu s katero, čeprav sodijo neposredni davki v pristojnost držav članic, morajo te to vendarle izvajati ob spoštovanju prava Skupnosti (glej predvsem sodbe z dne 11. avgusta 1995 v zadevi Wielockx, C-80/94, Recueil, str. I-2493, točka 16, in z dne 7. septembra 2004 v zadevi Manninen, C-319/02, ZOdl., str. I-7477, točka 19).

29 Prodaja delnic družbi, ki jih je izdala, kot je ta v primeru M. Bouanich, pomeni pretok kapitala v smislu člena 1 Direktive Sveta 88/361/EGS z dne 24. junija 1988 o izvajanju člena 67 Pogodbe (člen, ki ga razveljavlja Amsterdamska pogodba) (UL L 178, str. 5) in nomenklature za pretok kapitala, ki je v prilogi I k tej direktivi. Ta nomenklatura je ohranila svoj znanilni značaj za opredelitev pojma „prosto gibanje kapitala“ (primerjaj sodbi z dne 23. septembra 2003 v zadevi Ospelt in Schlössle Weissenberg, C-452/01, Recueil, str. I-9743, točka 7, in z dne 5. julija 2005 v zadevi D., C-376/03, ZOdl., str. I-5821, točka 24). Zato spada taka transakcija na področje uporabe pravil Skupnosti v zvezi s prostim pretokom kapitala.

30 Člen 56 ES prepoveduje vse omejitve pretoka kapitala med državami članicami, s pridržkom utemeljitev, predvidenih v členu 58 ES.

31 Da bi odgovorili na prvo vprašanje, je treba najprej preveriti, ali je za državo članico dejstvo, da je delničarjem nerezidentom zavrnila odbitek stroškov pridobitve pri odkupu delnic, omejitev prostega pretoka kapitala.

32 Glede tega je treba poudariti, da veljajo na podlagi zakona iz leta 1970 za delničarje, ki so od švedske družbe pridobili delnice, drugačna pravila, če so rezidenti ali nerezidenti. Tako ima delničar, ki je švedski rezident, ob odkupu delnic, v primeru zmanjšanja osnovnega kapitala, pravico, da odbije stroške pridobitve teh delnic, medtem ko delničar nerezident te pravice nima. Zato je pravica odbitka davčno ugodnost, ki so je deležni izključno rezidenti.

33 Nesporno je, da taka davčna ugodnost za upravičence pomeni davčno razbremenitev, tako da so delničarji nerezidenti, ki ne morejo biti deležni ugodnosti, bolj obdavčeni in so zato v manj ugodnem položaju kot delničarji rezidenti.

34 Treba je ugotoviti, kot je navedla tudi generalna pravobranilka v točkah 33 in 34 sklepnih predlogov, da je posledica take ureditve manj privlačen čezmejni prenos kapitala, tako da vlagatelje, ki niso rezidenti Švedske, odvrača od nakupa delnic družb, rezidentk na Švedskem in da posledično omejuje možnosti švedskim družbam, da zbirajo kapital pri vlagateljih, ki niso švedski rezidenti.

35 V teh okoliščinah je treba ugotoviti, da delničarjem nerezidentom pomeni zavrnitev odbitka stroškov pridobitve delnic ob njihovem odkupu omejitev prostega pretoka kapitala v smislu člena 56 ES.

36 Nato je treba preučiti, ali je taka omejitev utemeljena z razlogi, navedenimi v členu 58(1) ES. Iz te določbe, ki se jo bere v povezavi z odstavkom 3 istega člena, izhaja, da lahko države

¶lanice v svojih nacionalnih ureditvah uvedejo razlikovanje med davkoplaevalci rezidenti in nerezidenti, ¶e to razlikovanje ne pomeni samovoljne diskriminacije ali prikritega omejevanja prostega pretoka kapitala.

37 Tako kot je bilo že ugotovljeno v to¶ki 34 te sodbe, razlikuje švedski zakon iz leta 1970 med delni¶arji rezidenti in nerezidenti, s tem da razli¶no obdav¶i znesek, ki ga prejmejo ob odkupu delnic.

38 Vendar je treba razlikovati med neenakim obravnavanjem, dovoljenim na podlagi ¶lena 58(1)(a) ES, in samovoljno diskriminacijo, prepovedano na podlagi odstavka 3 istega ¶lena. Kajti iz ustaljene sodne prakse izhaja, da bi se nacionalno dav¶no ureditev, kot je ta v zadevi v glavni stvari, lahko obravnavalo kot zdru¶ljivo z dolo¶bami Pogodbe v zvezi s prostim pretokom kapitala, se mora razlika v obravnavanju nana¶ati na polo¶aje, ki objektivno niso primerljivi oziroma mora biti utemeljeno z nujnim razlogom splo¶nega interesa (glej sodbo z dne 6. junija 2000 v zadevi Verkooijen, C¶35/98, Recueil, str. I¶4071, to¶ka 43; zgoraj navedeno sodbo Manninen, to¶ki 28 in 29, in sodbo z dne 8. septembra 2005, Blanckaert, C¶512/03, ZOdl., str. I¶7685, to¶ka 42).

39 Glede tega je treba preu¶iti, ali se razlika v obdav¶itvi dohodkov, ki izhajajo iz odkupa delnic delni¶arjev rezidentov in delni¶arjev nerezidentov, nana¶a na polo¶aje, ki niso objektivno primerljivi.

40 Ugotoviti je treba, da so stro¶ki pridobitve v neposredni zvezi z zneskom, izpla¶anim pri odkupu delnic, tako da so rezidenti in nerezidenti pri tem v primerljivem polo¶aju. Ne obstaja nobena objektivna razlika med polo¶ajema, ki bi utemeljila razli¶no obravnavanje dveh kategorij dav¶nih zavezancev.

41 V teh pogojih pomeni nacionalna ureditev, kot je zakon iz leta 1970, samovoljno diskriminacijo delni¶arjev nerezidentov, ker jih v objektivno primerljivem polo¶aju obdav¶i bolj kot delni¶arje rezidente.

42 Glede drugih utemeljitev, navedenih v ¶lenu 58 ES ali v sodni praksi Sodi¶a, je treba navesti, da se nanje ni sklicevalo.

43 Zato je treba na prvo vpra¶anje odgovoriti, da je treba ¶lena 56 ES in 58 ES razlagati tako, da nasprotujeta nacionalni ureditvi, kot je ta v postopku v glavni stvari, ki dolo¶a, da je v primeru zman¶anja osnovnega kapitala znesek za odkup delnic, pla¶an delni¶arju nerezidentu, obdav¶en kot izpla¶ilo dividend, brez pravice odbitka stro¶kov pridobitve teh delnic, medtem ko je isti znesek, izpla¶an delni¶arju rezidentu, obdav¶en kot dobi¶ek iz odtujitve s pravico odbitka stro¶kov pridobitve.

#### *Drugo vpra¶anje*

44 Predlo¶itveno sodi¶e z drugim vpra¶anjem spra¶uje, ali bi bil odgovor, podan na prvo vpra¶anje, druga¶en ob predpostavki, da uporabljena dav¶na ureditev, ki izhaja iz konvencije o izogibanju dvojnega obdav¶evanja, kot je francosko-švedska konvencija in ki za delni¶arje nerezidente dolo¶a ni¶jo raven obdav¶itve dividend kot za delni¶arje rezidente, in ki dovoljuje, – z razlago te konvencije ob upo¶tevanju komentarja OECD o zadevni Vzor¶ni konvenciji – odbitek nominalne vrednosti teh delnic od zneska za odkup delnic.

45 M. Bouanich poudarja, da ima Francoska republika na podlagi francosko-švedske konvencije izklju¶no pravico, da obdav¶i dobi¶ek iz odtujitve pri odkupu delnic. Davek, zara¶unan na podlagi ureditve o dividendah, bi ji moral biti torej v celoti vrnjen.

46 Komisija se sklicuje na sodno prakso v zvezi dobropisom na že plažane davke (sodba z dne 28. januarja 1986 v zadevi Komisija proti Franciji, 270/83, Recueil, str. 2773) in davžnimi ugodnostmi (sodba z dne 21. septembra 1999 v zadevi Saint-Gobain ZN, C?307/97, Recueil, str. I?6161), da bi podprla trditev, naj spoštovanje prava Skupnosti ne bi moglo biti odvisno od vsebine konvencije o izogibanju dvojnega obdavževanja med državama žlanicama.

47 Komisija meni, da je ureditev, kot je opisana v postopku v glavni stvari, ki se uporablja na podlagi davžne konvencije in razlaga ob upoštevanju komentarja Vzoržne konvencije o obdavženju OECD, v nasprotju s žlenoma 56 ES in 58 ES.

48 Pri tem je treba najprej ugotoviti, ali je treba upoštevati francosko-švedsko konvencijo, da bi presodili skladnost davžne ureditve z doložbami prava Skupnosti glede prostega pretoka kapitala. V primeru pritrdilnega odgovora je treba nato preužiti, ali ta konvencija odpravlja omejitev temeljne svobožžine.

49 Ugotoviti je treba, da je odprava dvojnega obdavževanja cilj Skupnosti, za katerega uresnižitev je v skladu s žlenom 293, druga alineja, ES pristojna država žlanica. Države žlanice, kadar ni skupnostnih ukrepov za poenotenje ali uskladitev, ostajajo pristojne, da zaradi odprave dvojnega obdavževanja, v tem primeru po pogodbeni poti, doložijo merila za obdavžitev dohodkov in premoženja. V teh okolišžinah države žlanice z dvostranskimi sporazumi prosto doložijo navezovalne okolišžine za dodelitev davžne pristojnosti (glej sodbo z dne 12. maja 1998 v zadevi Gilly, C?336/96, Recueil, str. I?2793, tožki 24 in 30, ter zgoraj navedeni sodbi Saint-Gobain ZN, tožka 57, in D., tožka 52).

50 Vendar ta dodelitev davžnih pristojnosti državam žlanicam ne dopužša, da uvedejo diskriminacijo v nasprotju s predpisi Skupnosti.

51 Ker je davžna ureditev, ki izhaja iz francosko-švedske konvencije, ki se razlaga ob upoštevanju Vzoržne konvencije OECD, del pravnega okvira, ki se uporabi v postopku v glavni stvari, in ki jo je kot tako predložilo predložitveno sodižše, jo mora Sodižše upoštevati, da bi podalo za nacionalno sodižše uporabno razlago prava Skupnosti. Ni dolžnost Sodižša, da razlaga nacionalno pravo ali presoja njegovo uporabo v tem primeru (glej predvsem sodbi z dne 24. oktobra 1996 v zadevi Dietz, C?435/93, Recueil, str. I?5223, tožka 39, in z dne 30. aprila 1998 v zadevi Thibault, C?136/95, Recueil, str. I?2011, tožka 21).

52 Glede davžnega obravnavanja, ki izhaja iz francosko-švedske konvencije, je treba spomniti, da je delnižar nerezidentu, kot je M. Bouanich, na podlagi te konvencije, ki se razlaga v skladu s komentarjem k Vzoržni konvenciji OECD, dovoljeno, da odbije nominalno vrednost delnic od obdavžljivega zneska ob odkupu teh delnic. Nato je obdavžen po stopnji 15 % na preostali znesek.

53 Ker so delnižarji rezidenti pri znesku odkupa delnic obdavženi po stopnji 30 %, je treba preveriti, ali so ti delnižarji obravnavani ugodneje kot delnižarji nerezidenti. Za ta preizkus je treba poznati znesek stroškov pridobitve delnic in njihovo nominalno vrednost.

54 Glede tega je treba spomniti, da za ugotovitev in presojo dejanskega stanja ni pristojno Sodižše, ampak nacionalno sodižše (sodbe z dne 15. novembra 1979 v zadevi Denkavit, 36/79, Recueil, str. 3439, tožka 12; z dne 5. oktobra 1999 v združenih zadevah Lirussi in Bizzaro, C?175/98 in C?177/98, Recueil, str. I?6881, tožka 37, in z dne 22. junija 2000 v zadevi Fornasar in drugi, C?318/98, Recueil, str. I?4785, tožka 31).

55 Zato predložitveno sodižše v okviru spora, ki ga obravnava, preveri, ali odbitek nominalne



vrednosti in uporaba najvišje stopnje obdavčitve v višini 15 % za delničarje nerezidente povzročita tako obravnavanja zadnjih, ki ni manj ugodno od obravnavanja rezidentov, ki imajo pravico do odbitka stroškov pridobitve in do uporabe stopnje v višini 30 %.

56 Na drugo vprašanje je torej treba odgovoriti, da je treba člena 56 ES in 58 ES razlagati tako, da nasprotujeta nacionalni ureditvi, ki izhaja iz konvencije o izogibanju dvojnega obdavčevanja, kot je francosko-švedska konvencija, ki določa najvišjo stopnjo obdavčitve dividend za delničarje nerezidente, ki je nižja od tiste, ki se uporablja za delničarje rezidente, in dovoljuje, – z razlago te konvencije ob upoštevanju komentarja OECD o zadevni Vzornici konvenciji, – odbitek nominalne vrednosti teh delnic od zneska pri odkupu teh delnic, razen v primeru, ko delničarji nerezidenti, ob uporabi te nacionalne ureditve, niso obravnavani manj ugodno od delničarjev rezidentov. Nacionalno sodišče ugotovi, ali je tako v postopku v glavni stvari.

### *Tretje vprašanje*

57 Ob upoštevanju odgovorov na prvo in drugo vprašanje ni treba odgovoriti na tretje vprašanje.

### **Stroški**

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

Iz teh razlogov je Sodišče (tretji senat) razsodilo:

1) **Člena 56 ES in 58 ES je treba razlagati tako, da nasprotujeta nacionalni ureditvi, kot je ta v postopku v glavni stvari, ki določa, da je v primeru zmanjšanja osnovnega kapitala znesek za odkup delnic, plačan delničarju nerezidentu, obdavčen kot izplačilo dividend, brez pravice odbitka stroškov pridobitve teh delnic, medtem ko je isti znesek, izplačan delničarju rezidentu, obdavčen kot dobiček iz odtujitve s pravico odbitka stroškov pridobitve.**

2) **Člena 56 ES in 58 ES je treba razlagati tako, da nasprotujeta nacionalni ureditvi, ki izhaja iz konvencije o izogibanju dvojnega obdavčevanja, kot je konvencija, sklenjena med vlado Francoske republike in vlado Kraljevine Švedske o izogibanju dvojnega obdavčevanja in preprečevanju utaj davka na področju davka od dohodka in davka od premoženja, podpisana 27. novembra 1990, ki določa najvišjo stopnjo obdavčitve dividend za delničarje nerezidente, ki je nižja od tiste, ki se uporablja za delničarje rezidente, in dovoljuje – z razlago te konvencije ob upoštevanju komentarja OECD o zadevni Vzornici konvenciji, – odbitek nominalne vrednosti teh delnic od zneska pri odkupu teh delnic, razen v primeru, ko delničarji nerezidenti, ob uporabi te nacionalne ureditve, niso obravnavani manj ugodno od delničarjev rezidentov. Nacionalno sodišče ugotovi, ali je tako v postopku v glavni stvari.**

Podpisi

\* Jezik postopka: švedščina.