



## Συλλογή της Νομολογίας

ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΗΣ ΓΕΝΙΚΗΣ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ

JULIANE KOKOTT

της 6ης Μαΐου 2021<sup>1</sup>

**Υπόθεση C-545/19**

**Allianzgi-Fonds Aevn**

**κατά**

**Autoridade Tributária e Aduaneira**

{αίτηση του Tribunal Arbitral Tributário  
(Centro de Arbitragem Administrativa – CAAD)  
[διαιτητικού δικαστηρίου φορολογικών διαφορών  
(κέντρο διαιτησίας διοικητικών υποθέσεων – CAAD), Πορτογαλία]  
για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως}

«Προδικαστική παραπομπή – Άμεση φορολογία και θεμελιώδεις ελευθερίες –  
Ελεύθερη κυκλοφορία των κεφαλαίων – Φορολόγηση των μερισμάτων που διανέμονται στους  
οργανισμούς συλλογικών επενδύσεων σε κινητές αξίες – Διαφορετική μεταχείριση ημεδαπών και  
αλλοδαπών οργανισμών συλλογικών επενδύσεων σε κινητές αξίες – Δυσμενείς διακρίσεις λόγω  
διαφορετικής μεθόδου φορολογήσεως – Συγκρισιμότητα στο πλαίσιο της ελεύθερης  
κυκλοφορίας των κεφαλαίων – Δικαιολόγηση διαφορετικών συστημάτων φορολογήσεως –  
Εξασφάλιση ενός ελάχιστου ορίου φορολογήσεως στο κράτος εγκαταστάσεως –  
Αναλογικότητα άλλης μεθόδου φορολογήσεως»

### I. Εισαγωγή

1. Επιβάλλει η ελεύθερη κυκλοφορία των κεφαλαίων στα κράτη μέλη να εφαρμόζουν το ίδιο σύστημα φορολογήσεως για ημεδαπά και αλλοδαπά επενδυτικά μέσα; Σε αυτό το ερώτημα καλείται να απαντήσει το Δικαστήριο στην υπό κρίση υπόθεση. Αφορμή αποτελεί το γεγονός ότι η Πορτογαλία αποφάσισε, στο πλαίσιο της φορολογικής της αυτονομίας, να διατηρήσει ως προς τα αλλοδαπά επενδυτικά μέσα το κλασικό σύστημα φορολογήσεως εισοδημάτων από κεφάλαιο, ήτοι την επιβολή φόρου εισοδήματος νομικών προσώπων παρακρατούμενου στην πηγή, εφόσον τα συγκεκριμένα νομικά πρόσωπα υπόκεινται σε μηδενικό ή χαμηλότερο φόρο εισοδήματος στο κράτος όπου έχουν την έδρα τους.

2. Αντιθέτως, το σύστημα φορολογήσεως των ημεδαπών επενδυτικών μέσων ακολουθεί μια διαφορετική προσέγγιση (η Πορτογαλία το χαρακτηρίζει ως ένα είδος φορολογήσεως κατά την έξοδο). Τα μέσα αυτά επιβαρύνονται ανά τρίμηνο με το λεγόμενο τέλος χαρτοσήμου, το οποίο επιβάλλεται επί του συνόλου του καθαρού ενεργητικού (συνεπώς και επί των αποθεματοποιούμενων μερισμάτων) του επενδυτικού μέσου. Αντ' αυτού, τα εκάστοτε

<sup>1</sup> Γλώσσα του πρωτοτύπου: η γερμανική.

αποθεματοποιούμενα μερίσματα δεν επιβαρύνονται με φόρο εισοδήματος νομικών προσώπων (συμπεριλαμβανομένης της παρακρατήσεως φόρου στην πηγή). Ο πορτογαλικός φόρος εισοδήματος επιβάλλεται το πρώτον στο στάδιο των καταβολών στον επενδυτή.

3. Κατά συνέπεια, η Πορτογαλία φορολογεί εξίσου τόσο τα αλλοδαπά όσο και τα ημεδαπά επενδυτικά μέσα, όμως με διαφορετικό τρόπο το καθένα. Αυτό συνεπάγεται μετά βεβαιότητας διαφορές στη φορολογική επιβάρυνση είτε προς τη μία είτε προς την άλλη κατεύθυνση. Εάν δεν καταβληθούν μερίσματα στο επενδυτικό μέσο, η φορολογική επιβάρυνση του ημεδαπού επενδυτικού μέσου είναι σαφώς μεγαλύτερη. Εάν, όμως, καταβληθούν μερίσματα στο επενδυτικό μέσο, η εικόνα μπορεί να είναι διαφορετική. Τούτο ισχύει ωστόσο μόνο στην περίπτωση στην οποία ο φορολογικός κάτοικος της αλλοδαπής υπόκειται σε μηδενική ή χαμηλή φορολογία στη χώρα εγκαταστάσεώς του.

4. Δεδομένου ότι στο φορολογικό δίκαιο οι θεμελιώδεις ελευθερίες απαγορεύουν «μόνον» τις διακρίσεις σε βάρος διασυνοριακών περιπτώσεων, θα πρέπει εν προκειμένω να γίνει σύγκριση μεταξύ ημεδαπών και αλλοδαπών επενδυτικών μέσων. Συναφώς, χρήσιμη θα ήταν η εναρμόνιση των φόρων εισοδήματος, η οποία όμως δεν έχει γίνει προς το παρόν. Κατά συνέπεια, τίθεται περαιτέρω το ερώτημα εάν το ζήτημα δύναται να επιλυθεί με βάση την αρχή της ελεύθερης κυκλοφορίας των κεφαλαίων ή εάν, ελλείψει συγκρισιμότητας των καταστάσεων, δύνανται να υπάρχουν διαφορετικά φορολογικά καθεστώτα ανάλογα με τον τόπο εγκαταστάσεως και το κράτος μέλος, οπότε το δίκαιο της Ένωσης θα πρέπει να ανεχθεί την εν λόγω άνιση φορολογική επιβάρυνση.

## **II. Το νομικό πλαίσιο**

### **A. Το δίκαιο της Ένωσης**

5. Οι συναφείς κανόνες του δικαίου της Ένωσης προκύπτουν από τη ΣΛΕΕ. Ιδιαίτερη σημασία έχει εν προκειμένω η ελεύθερη κυκλοφορία των κεφαλαίων, όπως κατοχυρώνεται στα άρθρα 63 και 65 ΣΛΕΕ.

6. Το άρθρο 65, παράγραφος 1, στοιχείο α', και παράγραφος 3, ΣΛΕΕ έχει ως εξής:

«1. Οι διατάξεις του άρθρου 63 δεν θίγουν το δικαίωμα των κρατών μελών:

α) να εφαρμόζουν τις οικείες διατάξεις της φορολογικής τους νομοθεσίας οι οποίες διακρίνουν μεταξύ φορολογουμένων που δεν βρίσκονται στην ίδια κατάσταση όσον αφορά την κατοικία τους ή τον τόπο που είναι επενδεδυμένα τα κεφάλαιά τους [...].

3. Τα μέτρα και οι διαδικασίες που αναφέρονται στις παραγράφους 1 και 2 δεν μπορούν να αποτελούν ούτε μέσο αυθαίρετων διακρίσεων ούτε συγκεκριμένο περιορισμό της ελεύθερης κίνησης των κεφαλαίων και των πληρωμών, όπως ορίζεται στο άρθρο 63.»

## **B. Το συμβατικό διεθνές δίκαιο**

7. Το άρθρο 10 της συμβάσεως περί αποφυγής της διπλής φορολογίας μεταξύ της Πορτογαλικής Δημοκρατίας και της Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας περιέχει την ακόλουθη ρύθμιση όσον αφορά τον προσδιορισμό του κράτους το οποίο φορολογεί τον δικαιούχο του μερίσματος:

«(1) Μερίσματα καταβαλλόμενα από εταιρία εγκατεστημένη εντός συμβαλλομένου κράτους σε κάτοικο του αντισυμβαλλομένου κράτους φορολογούνται στο αντισυμβαλλόμενο αυτό κράτος.

(2) Τα μερίσματα αυτά μπορούν ωστόσο να φορολογηθούν και στο συμβαλλόμενο κράτος όπου εδρεύει η καταβάλλουσα τα μερίσματα εταιρία σύμφωνα με τη νομοθεσία του κράτους αυτού· αν, όμως, ο λαμβάνων το μερίσμα είναι ο πραγματικός δικαιούχος, ο φόρος που επιβάλλεται κατ' αυτόν τον τρόπο δεν μπορεί να υπερβαίνει το 15 % του ακαθάριστου ποσού των μερισμάτων. Οι αρμόδιες αρχές των συμβαλλόμενων κρατών θα καθορίσουν με αμοιβαία συμφωνία τον τρόπο εφαρμογής αυτών των περιορισμών. Η παρούσα παράγραφος δεν επηρεάζει τη φορολόγηση της εταιρίας για τα κέρδη από τα οποία καταβάλλονται τα μερίσματα.»

## **Γ. Το πορτογαλικό δίκαιο**

8. Όπως αναφέρει το αιτούν δικαστήριο, το ισχύον κατά τα επίμαχα έτη νομικό καθεστώς στην Πορτογαλία έχει ως εξής.

9. Κατά κανόνα, τα μερίσματα που καταβάλλει εγκατεστημένο στην ημεδαπή νομικό πρόσωπο σε άλλο νομικό πρόσωπο εγκατεστημένο είτε στην ημεδαπή είτε στην αλλοδαπή φορολογούνται ως εισόδημα από κεφάλαιο με συντελεστή 25 % σύμφωνα με όσα προβλέπονται στον κώδικα φόρου εισοδήματος νομικών προσώπων<sup>2</sup>. Ο εν λόγω φόρος εισοδήματος παρακρατείται στην πηγή και αποδίδεται στο πορτογαλικό κράτος από το διανεμόν νομικό πρόσωπο.

10. Ωστόσο, τα μερίσματα που καταβάλλονται σε αλλοδαπούς επενδυτές-νομικά πρόσωπα απαλλάσσονται από τον φόρο εισοδήματος στο κράτος της παρακρατήσεως στην πηγή, την Πορτογαλία, σύμφωνα με το άρθρο 14, παράγραφος 3, του κώδικα φόρου εισοδήματος νομικών προσώπων. Μόνη εξαίρεση αποτελεί η περίπτωση στην οποία φορολογούνται στο κράτος εγκαταστάσεως με συντελεστή φόρου εισοδήματος χαμηλότερο από 60 % σε σχέση με τον ισχύοντα στην Πορτογαλία.

11. Το φορολογικό καθεστώς των συλλογικών επενδύσεων αναθεωρήθηκε δυνάμει του νομοθετικού διατάγματος 7/2015 της 13ης Ιανουαρίου 2015. Έκτοτε, το άρθρο 22 της κανονιστικής αποφάσεως περί φορολογικών πλεονεκτημάτων<sup>3</sup> προβλέπει την απαλλαγή ορισμένων οργανισμών συλλογικών επενδύσεων σε κινητές αξίες (στο εξής: ΟΣΕΚΑ) από τον φόρο εισοδήματος νομικών προσώπων ως προς τα εισοδήματα από κεφάλαιο. Η διάταξη αυτή έχει ως εξής:

«(1) Στον φόρο εισοδήματος νομικών προσώπων υπόκεινται, υπό τους προβλεπόμενους στο παρόν άρθρο όρους, τα ταμεία επενδύσεων σε κινητές αξίες, τα ταμεία επενδύσεων σε ακίνητα,

<sup>2</sup> Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas.

<sup>3</sup> Estatuto dos Benefícios Fiscais [όπως ισχύει με το Decreto-Lei (νομοθετικό διάταγμα) 7/2015 της 13ης Ιανουαρίου 2015 που τέθηκε σε ισχύ την 1η Ιουλίου 2015].

οι εταιρίες επενδύσεων σε κινητές αξίες και οι εταιρίες επενδύσεων σε ακίνητα οι οποίες συστήνονται και λειτουργούν σύμφωνα με την εθνική νομοθεσία. [...]

(3) Για τον καθορισμό των φορολογητέων κερδών, δεν λαμβάνονται υπόψη τα αναφερόμενα στα άρθρα 5 [σημ.: εισοδήματα από κεφάλαιο], 8 [σημ.: μισθώσεις ακινήτων] και 10 [σημ.: κέρδη υπεραξίας] του κώδικα φόρου εισοδήματος νομικών προσώπων<sup>4</sup> εισοδήματα [...].

(8) Οι προβλεπόμενοι στο άρθρο 88 του κώδικα φόρου εισοδήματος νομικών προσώπων ειδικό συντελεστές φόρου έχουν εφαρμογή, *mutatis mutandis*, στο πλαίσιο του παρόντος καθεστώτος. [...]

12. Το άρθρο 22, παράγραφος 10, της κανονιστικής αποφάσεως περί φορολογικών πλεονεκτημάτων συμπληρώνει την απαλλαγή των εισοδημάτων από κεφάλαιο από τον φόρο εισοδήματος νομικών προσώπων, προβλέποντας την απαλλαγή του διανεμόντος νομικού προσώπου από την υποχρέωση παρακρατήσεως του φόρου στην πηγή. Η διάταξη αυτή έχει ως εξής:

«Δεν πραγματοποιείται παρακράτηση στην πηγή του φόρου εισοδήματος νομικών προσώπων σε σχέση με τα εισοδήματα που αποκτούν οι κατά την παράγραφο 1 υποκείμενοι στον φόρο.»

13. Ωστόσο, σε αντίθεση με τα οριζόμενα στο άρθρο 22, παράγραφος 3, του κώδικα φόρου εισοδήματος νομικών προσώπων, το άρθρο 88, παράγραφος 11, της κανονιστικής αποφάσεως περί φορολογικών πλεονεκτημάτων προβλέπει ότι τα εισοδήματα ενός ΟΣΕΚΑ ο οποίος ιδρύθηκε και λειτουργεί σύμφωνα με το πορτογαλικό δίκαιο δεν θεωρούνται ως απαλλασσόμενα από τον φόρο κατά το πρώτο έτος από την απόκτηση των μεριδίων. Η εν λόγω διάταξη έχει ως εξής:

«Τα διανεμόμενα από οντότητες υποκείμενες στον φόρο εισοδήματος νομικών προσώπων κέρδη σε υποκειμένους στον φόρο που τυγχάνουν ολικής ή μερικής απαλλαγής, περιλαμβανομένων, στην περίπτωση αυτή, των εισοδημάτων από κεφάλαια, όταν τα εταιρικά μερίδια στα οποία αντιστοιχούν τα εισοδήματα αυτά δεν ανήκαν αδιαλείπτως στον ίδιο υποκείμενο στον φόρο κατά τη διάρκεια του έτους που προηγήθηκε της ημερομηνίας διαθέσεως των κερδών και δεν εξακολούθησαν να κατέχονται από αυτόν καθ' όλο το χρονικό διάστημα που είναι αναγκαίο για τη συμπλήρωση της εν λόγω περιόδου, φορολογούνται με ειδικό συντελεστή 23 %.»

14. Το νομοθετικό διάταγμα 7/2015 της 13ης Ιανουαρίου 2015 οδήγησε και στην τροποποίηση του Código do Imposto do Selo (κώδικα τελών χαρτοσήμου) και του προσαρτημένου σε αυτόν πίνακα τελών χαρτοσήμου, ο οποίος περιέχει τις διατάξεις για τη βάση επιβολής του φόρου. Διά της προσθήκης του μέρους 29 του γενικού παραρτήματος επί των τελών χαρτοσήμου φορολογείται το σύνολο του καθαρού ενεργητικού των οργανισμών συλλογικών επενδύσεων που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 22 της κανονιστικής αποφάσεως περί φορολογικών πλεονεκτημάτων με βάση τους εκεί προβλεπόμενους συντελεστές φόρου.

15. Ως εκ τούτου, μετά τη θέσπιση του άρθρου 22 της κανονιστικής αποφάσεως περί φορολογικών πλεονεκτημάτων, οι ΟΣΕΚΑ που έχουν συσταθεί και λειτουργούν σύμφωνα με το πορτογαλικό δίκαιο βαρύνονται με έναν ευρύ φόρο επί δικαιοπραξιών που συνάπτονται με δημόσιο έγγραφο (στο εξής: τέλος χαρτοσήμου). Ο εν λόγω φόρος εισπράττεται σε τριμηνιαία

<sup>4</sup> Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares.

βάση υπολογιζόμενος σε ποσοστό 0,0125 % της καθαρής λογιστικής αξίας του ΟΣΕΚΑ. Η βάση επιβολής του φόρου καταλαμβάνει και τα ληφθέντα μερίσματα που δεν έχουν διανεμηθεί από τον ΟΣΕΚΑ στους επενδυτές-μεριδιούχους του.

### III. Η διαφορά της κύριας δίκης

16. Ο Allianzgi-Fonds Aevn (στο εξής: προσφεύγων) είναι οργανισμός συλλογικών επενδύσεων (ΟΣΕΚΑ) με έδρα τη Γερμανία και αποκομίζει έσοδα από κεφάλαιο υπό τη μορφή μερισμάτων από εταιρίες εδρεύουσες στην Πορτογαλία. Οι ΟΣΕΚΑ είναι οργανισμοί συλλογικών επενδύσεων που διέπονται από την οδηγία 2009/65/ΕΚ<sup>5</sup>. Σκοπός των ΟΣΕΚΑ είναι να διευκολύνουν τη συμμετοχή ιδιωτών επενδυτών στις αγορές κινητών αξιών.

17. Κατά κανόνα, τα διανεμόμενα μερίσματα προς ΟΣΕΚΑ που έχουν συσταθεί και λειτουργούν σύμφωνα με το πορτογαλικό δίκαιο απαλλάσσονται από τον φόρο εισοδήματος στην Πορτογαλία. Ως εκ τούτου, δεν έχει διαφορά για τον ιδιώτη επενδυτή αν θα αποκτήσει μετοχές απευθείας ή θα επενδύσει σε άλλη επιχείρηση μέσω ΟΣΕΚΑ. Εν προκειμένω, τα μερίσματα τα οποία καταβάλλει μια επιχείρηση σε ημεδαπό ΟΣΕΚΑ και τα οποία ο τελευταίος διανέμει περαιτέρω στους μερισματούχους του δεν φορολογούνται σε επίπεδο ΟΣΕΚΑ στην Πορτογαλία. Αντ' αυτού, στους ΟΣΕΚΑ που έχουν συσταθεί σύμφωνα με το πορτογαλικό δίκαιο επιβάλλεται τέλος χαρτοσήμου, το οποίο επιβάλλεται ανά τρίμηνο επί της καθαρής λογιστικής αξίας, συμπεριλαμβανομένων των αποθεματοποιούμενων εσόδων από μερίσματα, και αποτελεί φορολογική επιβάρυνση αυτών.

18. Η απαλλαγή από τον φόρο εισοδήματος νομικών προσώπων των εισοδημάτων από κεφάλαιο του ΟΣΕΚΑ δεν ισχύει για τον προσφεύγοντα, καθόσον δεν έχει συσταθεί και δεν λειτουργεί σύμφωνα με το πορτογαλικό δίκαιο. Η εν λόγω απαλλαγή θα ίσχυε μόνον εάν ο προσφεύγων είχε την έδρα του ή μόνιμη εγκατάσταση στην Πορτογαλία και πληρούσε και ορισμένες άλλες προϋποθέσεις σύμφωνα με το πορτογαλικό δίκαιο. Επομένως, ο προσφεύγων υπάγεται στις γενικές διατάξεις του κώδικα φόρου εισοδήματος νομικών προσώπων. Ως εκ τούτου, τα μερίσματα που καταβλήθηκαν από πορτογαλικές εταιρίες στον προσφεύγοντα κατά τα έτη 2015 και 2016 υπέκειντο σε φόρο εισοδήματος νομικών προσώπων στην Πορτογαλία ανερχόμενο σε 25 %, ο οποίος παρακρατήθηκε στην πηγή και αποδόθηκε στο πορτογαλικό κράτος από τις διανέμουσες εταιρίες.

19. Ωστόσο, με βάση τη σύμβαση περί αποφυγής της διπλής φορολογίας μεταξύ Γερμανίας και Πορτογαλίας, η Πορτογαλία δεν δύναται να φορολογήσει το εισόδημα από κεφάλαιο ενός εγκατεστημένου στη Γερμανία ΟΣΕΚΑ με συντελεστή μεγαλύτερο του 15 %. Για τον λόγο αυτόν η Πορτογαλία επέστρεψε μέρος του παρακρατηθέντος φόρου για το έτος 2015 κατόπιν αιτήσεως του προσφεύγοντος. Όπως φαίνεται, ο προσφεύγων δεν υπέβαλε αντίστοιχη αίτηση για το έτος 2016.

20. Η προβλεπόμενη στο πορτογαλικό δίκαιο απαλλαγή από τον φόρο εισοδήματος νομικών προσώπων των καταβαλλόμενων προς αλλοδαπά νομικά πρόσωπα μερισμάτων σύμφωνα με το άρθρο 14, παράγραφος 3, του κώδικα φόρου εισοδήματος νομικών προσώπων ματαιούται λόγω

<sup>5</sup> Αρχικά επρόκειτο για την οδηγία 85/611/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 20ής Δεκεμβρίου 1985, για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων σχετικά με ορισμένους οργανισμούς συλλογικών επενδύσεων σε κινητές αξίες, αντικατασταθείσα με την οδηγία 2009/65/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 13ης Ιουλίου 2009, για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων σχετικά με ορισμένους οργανισμούς συλλογικών επενδύσεων σε κινητές αξίες (ΟΣΕΚΑ).

της φορολογικής μεταχείρισης των ΟΣΕΚΑ στη Γερμανία. Όπως ειδικότερα εκθέτει το αιτούν δικαστήριο, οι ΟΣΕΚΑ που έχουν έδρα τη Γερμανία απαλλάσσονται επίσης από τον φόρο εισοδήματος νομικών προσώπων στη Γερμανία.

21. Σε αντίθεση με την Πορτογαλία, η Γερμανία θεωρεί τους ΟΣΕΚΑ, κατά τα επίμαχα έτη, διαφανείς «φορολογικές οντότητες», επομένως δεν φορολογείται ο ΟΣΕΚΑ, αλλά απευθείας ο επενδυτής. Ωστόσο, η εν λόγω φορολόγηση δεν καταλαμβάνει μόνον τα διανεμόμενα στους επενδυτές έσοδα αλλά και τα αναλογούντα σε αυτούς έσοδα του ΟΣΕΚΑ (πρόκειται για τη λεγόμενη «διαφανή φορολόγηση»). Με τον τρόπο αυτόν επιδιώκεται τελικά και η ίση μεταχείριση με τις άμεσες επενδύσεις.

22. Καθόσον οι ΟΣΕΚΑ δεν οφείλουν φόρο εισοδήματος νομικών προσώπων στη Γερμανία, δεν δύναται να συμψηφίσουν τον φόρο εισοδήματος νομικών προσώπων που καταβλήθηκε στην Πορτογαλία. Δυνατός είναι μόνον ο κατ' αναλογία συμψηφισμός του πορτογαλικού φόρου με τον αντίστοιχο φόρο των επενδυτών σύμφωνα με το άρθρο 4, παράγραφος 2, του γερμανικού νόμου περί φορολογίας επενδύσεων (Investmentsteuergesetz) όπως ίσχυε κατά τον κρίσιμο χρόνο<sup>6</sup>. Το Δικαστήριο δεν γνωρίζει, ωστόσο, αν οι επενδυτές του προσφεύγοντος έκαναν χρήση της εν λόγω δυνατότητας.

23. Ο προσφεύγων άσκησε διοικητική προσφυγή κατά των πράξεων με τις οποίες παρακρατήθηκε στην πηγή ο φόρος εισοδήματος νομικών προσώπων για τα οικονομικά έτη 2015 και 2016, ζητώντας την ακύρωσή τους και την επιστροφή του παρακρατηθέντος στην πηγή φόρου. Η εν λόγω διοικητική προσφυγή απορρίφθηκε από την αρμόδια φορολογική αρχή. Κατά της απορριπτικής αποφάσεως στρέφεται η αίτηση διαιτησίας ενώπιον του Centro de Arbitragem Administrativa (κέντρου διαιτησίας διοικητικών υποθέσεων, Πορτογαλία).

#### IV. Η αίτηση προδικαστικής αποφάσεως και η διαδικασία ενώπιον του Δικαστηρίου

24. Με απόφαση της 9ης Ιουλίου 2019 το αιτούν δικαστήριο υπέβαλε στο Δικαστήριο τα ακόλουθα ερωτήματα προς έκδοση προδικαστικής αποφάσεως:

«1. Αντιβαίνει προς το άρθρο 63 ΣΛΕΕ, σχετικά με την ελεύθερη κυκλοφορία κεφαλαίων, ή προς το άρθρο 56 ΣΛΕΕ, σχετικά με την ελεύθερη παροχή υπηρεσιών, φορολογικό καθεστώς όπως το επίμαχο στη διαφορά της κύριας δίκης, το οποίο προκύπτει από το άρθρο 22 της κανονιστικής αποφάσεως περί φορολογικών πλεονεκτημάτων και προβλέπει οριστική παρακράτηση φόρου στην πηγή επί των μερισμάτων που διανέμονται από πορτογαλικές εταιρίες και εισπράττονται από αλλοδαπούς οργανισμούς συλλογικών επενδύσεων εγκατεστημένους σε άλλα κράτη μέλη της Ένωσης, ενώ οι συσταθέντες σύμφωνα με την πορτογαλική φορολογική νομοθεσία οργανισμοί συλλογικών επενδύσεων και με φορολογική έδρα στην Πορτογαλία μπορούν να τύχουν απαλλαγής από την παρακράτηση φόρου στην πηγή επί των εν λόγω εισοδημάτων;

<sup>6</sup> Η εν λόγω διάταξη είχε ως εξής: «(2) Καθόσον τα εισοδήματα που διανεμήθηκαν ή ισοδυναμούν με διανομή επί μεριδίων περιλαμβάνουν εισοδήματα προερχόμενα από την αλλοδαπή, τα οποία υποβάλλονται στην αλλοδαπή σε φόρο υποκείμενο σε συμψηφισμό με τον φόρο εισοδήματος φυσικών ή νομικών προσώπων σύμφωνα με το άρθρο 34c, παράγραφος 1, του κώδικα φόρου εισοδήματος φυσικών προσώπων ή το άρθρο 26, παράγραφος 1, του κώδικα φόρου εισοδήματος νομικών προσώπων ή μιας συμβάσεως περί αποφυγής της διπλής φορολογίας, οι υπέχοντες γενική φορολογική υποχρέωση επενδυτές δικαιούνται να συμψηφίσουν το ποσό του βεβαιωθέντος και καταβληθέντος στην αλλοδαπή φόρου, μειωμένου κατά το μέρος που αντιστοιχεί σε τυχόν έκπτωση, με το μέρος του φόρου εισοδήματος φυσικών ή νομικών προσώπων που αντιστοιχεί στα εν λόγω αλλοδαπά εισοδήματα, προσαυξημένα κατά το ποσό του αναλογούντος σε αυτά αλλοδαπού φόρου. [...]» – Gesetz zur Modernisierung des Investmentwesens und zur Besteuerung von Investmentvermögen (Investmentsteuermodernisierungsgesetz) (νόμος για τον εκσυγχρονισμό των επενδύσεων και για τη φορολογία των επενδυτικών περιουσιακών στοιχείων) της 15.12.2003 (BGBl. 2003 I, σ. 2676 επ.).

2. Προβαίνει η επίμαχη στη διαφορά της κύριας δίκης εθνική νομοθεσία, καθόσον προβλέπει παρακράτηση φόρου στην πηγή επί των μερισμάτων που καταβάλλονται στους αλλοδαπούς οργανισμούς συλλογικών επενδύσεων και επιφυλάσσει στους ημεδαπούς οργανισμούς συλλογικών επενδύσεων τη δυνατότητα να τύχουν απαλλαγής από την παρακράτηση αυτή, σε δυσμενή μεταχείριση των μερισμάτων που καταβάλλονται στους εδρεύοντες στην αλλοδαπή οργανισμούς συλλογικών επενδύσεων, καθόσον οι τελευταίοι δεν δύνανται σε καμία περίπτωση να επωφεληθούν της εν λόγω απαλλαγής;
  3. Προκειμένου να κριθεί εάν συνεπάγεται δυσμενείς διακρίσεις η πορτογαλική νομοθεσία, η οποία προβλέπει ειδική και διαφορετική μεταχείριση
    - i) για τους οργανισμούς συλλογικών επενδύσεων (της ημεδαπής), αφενός, και
    - ii) για τους αντίστοιχους μεριδιούχους των οργανισμών συλλογικών επενδύσεων, αφετέρου, είναι κρίσιμο το εφαρμοστέο στους μεριδιούχους των οργανισμών συλλογικών επενδύσεων φορολογικό καθεστώς; Ή, λαμβανομένου υπόψη ότι το φορολογικό καθεστώς των οργανισμών συλλογικών επενδύσεων της ημεδαπής δεν επηρεάζεται ή τροποποιείται καθ' οιονδήποτε τρόπο αναλόγως του αν οι μεριδιούχοι του διαμένουν ή όχι στην Πορτογαλία, προκειμένου να διαπιστωθεί ο συγκρίσιμος χαρακτήρας των καταστάσεων για τους σκοπούς της εκτιμήσεως του εισάγοντος δυσμενείς διακρίσεις χαρακτήρα της εν λόγω νομοθεσίας, πρέπει να ληφθεί αποκλειστικώς υπόψη το εφαρμοστέο σε επίπεδο επενδυτικών σχημάτων φορολογικό καθεστώς;
  4. Λαμβανομένου υπόψη ότι τα φυσικά ή νομικά πρόσωπα με κατοικία ή έδρα στην Πορτογαλία, κάτοχοι συμμετοχών σε οργανισμούς συλλογικών επενδύσεων (ημεδαπών ή αλλοδαπών), φορολογούνται, σε αμφότερες τις περιπτώσεις, κατά τον ίδιο τρόπο (και, κατά κανόνα, δεν απαλλάσσονται) για τα διανεμόμενα από τους οργανισμούς συλλογικών επενδύσεων εισοδήματα, είναι η διαφορετική μεταχείριση μεταξύ ημεδαπών και αλλοδαπών οργανισμών συλλογικών επενδύσεων επιτρεπτή, ακόμη και αν οι αλλοδαποί μεριδιούχοι υπόκεινται σε υψηλότερο φόρο;
  5. Λαμβανομένου υπόψη ότι η επίμαχη στη διαφορά της κύριας δίκης δυσμενής διάκριση αφορά τη διαφορετική φορολόγηση των εισοδημάτων από μερίσματα που διανέμουν οι ημεδαποί οργανισμοί συλλογικών επενδύσεων στους αντίστοιχους μεριδιούχους τους, είναι νόμιμο, προκειμένου να διαπιστωθεί ο συγκρίσιμος χαρακτήρας της φορολογίας εισοδημάτων, να συνεκτιμηθούν άλλου είδους φόροι, απαλλαγές ή τέλη που καταβάλλονται σε σχέση με επενδύσεις πραγματοποιούμενες από οργανισμούς συλλογικών επενδύσεων; Συγκεκριμένα, προκειμένου να εκτιμηθεί ο συγκρίσιμος αυτός χαρακτήρας, είναι νόμιμο και θεμιτό να ληφθεί υπόψη, πέραν του φόρου επί των εισοδημάτων των οργανισμών συλλογικών επενδύσεων, ο αντίκτυπος άλλων φόρων επί των περιουσιακών στοιχείων, επί των δαπανών κ.λπ., συμπεριλαμβανομένων τυχόν ειδικών φόρων;»
25. Κατόπιν αιτήματος του Δικαστηρίου, το αιτούν δικαστήριο απέστειλε συμπληρωματικές παρατηρήσεις προς διευκρίνιση του φορολογικού καθεστώτος των ΟΣΕΚΑ, τόσο των εδρευόντων στην ημεδαπή όσο και των εδρευόντων στην αλλοδαπή, καθώς και των επενδυτών τους.
26. Κατά τη διαδικασία ενώπιον του Δικαστηρίου, η Πορτογαλική Δημοκρατία και η Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατέθεσαν γραπτές παρατηρήσεις επί των προδικαστικών ερωτημάτων και, εν συνεχεία, επί των ερωτήσεων του Δικαστηρίου.

## V. Νομική ανάλυση

27. Το αιτούν δικαστήριο υποβάλλει πέντε προδικαστικά ερωτήματα σχετικά με τη συμβατότητα ενός κανόνα του πορτογαλικού φορολογικού δικαίου με τις θεμελιώδεις ελευθερίες. Κατ' ουσίαν, το αιτούν δικαστήριο ερωτά αν η φορολόγηση ενός ΟΣΕΚΑ που έχει συσταθεί βάσει αλλοδαπού δικαίου και εδρεύει στην αλλοδαπή συνάδει με τις αρχές της ελεύθερης κυκλοφορίας των κεφαλαίων και της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών, όταν, αντιθέτως, οι ΟΣΕΚΑ που έχουν συσταθεί κατά το πορτογαλικό δίκαιο και εδρεύουν στην Πορτογαλία απαλλάσσονται από τον φόρο εισοδήματος νομικών προσώπων, πλην όμως υπόκεινται σε άλλο φόρο, και συγκεκριμένα σε τέλος χαρτοσήμου. Ως εκ τούτου, δύναται να δοθεί κοινή απάντηση σε όλα τα ερωτήματα, σύμφωνα και με την άποψη της Επιτροπής.

### A. Διευκρίνιση του ερωτήματος και της συναφούς θεμελιώδους ελευθερίας

28. Το αιτούν δικαστήριο διερωτάται αν η απαλλαγή των καταβαλλόμενων μερισμάτων προς ΟΣΕΚΑ που έχουν συσταθεί σύμφωνα με το πορτογαλικό δίκαιο και εδρεύουν στην Πορτογαλία από τον φόρο εισοδήματος νομικών προσώπων και την παρακράτηση του φόρου στην πηγή κατά τις διατάξεις του άρθρου 22, παράγραφοι 3 και 10, αντίστοιχα, της κανονιστικής αποφάσεως περί φορολογικών πλεονεκτημάτων συνιστά παραβίαση της ελεύθερης κυκλοφορίας των κεφαλαίων (άρθρο 63 ΣΛΕΕ) και της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών (άρθρο 56 ΣΛΕΕ).

29. Από μια προσεκτικότερη ανάγνωση προκύπτει ωστόσο ότι, κατ' αρχήν, απαλλάσσονται από τον φόρο και τα μερίσματα που καταβάλλονται προς τον προσφεύγοντα. Την απαλλαγή αποκλείει μόνον το άρθρο 14, παράγραφος 3, του κώδικα φόρου εισοδήματος νομικών προσώπων, εφόσον και καθόσον ο προσφεύγων δεν υπόκειται σε φόρο εισοδήματος νομικών προσώπων στο κράτος εγκαταστάσεως. Ως εκ τούτου, η διαφορετική μεταχείριση δεν είναι απόρροια μόνον του ειδικού φορολογικού καθεστώτος που ισχύει για τους ΟΣΕΚΑ οι οποίοι έχουν συσταθεί κατά το πορτογαλικό δίκαιο και εδρεύουν στην Πορτογαλία, αλλά και του άρθρου 14, παράγραφος 3, του κώδικα φόρου εισοδήματος νομικών προσώπων. Το τελευταίο έχει προφανώς ως σκοπό να εξασφαλίσει ένα ελάχιστο όριο φορολογήσεως των εισοδημάτων από μερίσματα των νομικών προσώπων που εδρεύουν στην αλλοδαπή.

30. Εν προκειμένω πρέπει, κατ' αρχάς, να διευκρινισθεί η θεμελιώδης ελευθερία υπό το πρίσμα της οποίας θα γίνει ο έλεγχος της εν λόγω άνισης μεταχειρίσεως. Οσάκις ένα δικαστήριο ζητεί να διευκρινιστεί η συμβατότητα ενός κανόνα με δύο διαφορετικές θεμελιώδεις ελευθερίες, πρέπει, κατ' αρχάς, να προσδιορισθεί ποια εξ αυτών θα αποτελέσει το κριτήριο για την αξιολόγηση του κανόνα. Συναφώς, από πάγια νομολογία προκύπτει ότι πρέπει να λαμβάνεται υπόψη το αντικείμενο του οικείου κανόνα<sup>7</sup>.

31. Το άρθρο 22, παράγραφος 3, της κανονιστικής αποφάσεως περί φορολογικών πλεονεκτημάτων προβλέπει την απαλλαγή των ημεδαπών ΟΣΕΚΑ από τον φόρο εισοδήματος επί των μερισμάτων, ενώ, παράλληλα, το άρθρο 22, παράγραφος 10, της κανονιστικής αποφάσεως περί φορολογικών πλεονεκτημάτων απαλλάσσει τις επιχειρήσεις οι οποίες καταβάλλουν μερίσματα στους εν λόγω ΟΣΕΚΑ από την υποχρέωση να παρακρατούν και να αποδίδουν τον φόρο.

<sup>7</sup> Αποφάσεις της 21ης Ιουνίου 2018, Fidelity Funds κ.λπ. (C-480/16, EU:C:2018:480, σκέψη 33), της 5ης Φεβρουαρίου 2014, Hervis Sport-és Divatkereskedelmi (C-385/12, EU:C:2014:47, σκέψη 21), και της 13ης Νοεμβρίου 2012, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-35/11, EU:C:2012:707, σκέψη 90 και εκεί μνημονευόμενη νομολογία).



32. Η επίμαχη στην κύρια δίκη εθνική ρύθμιση έχει επομένως ως αντικείμενο τη φορολόγηση μερισμάτων και όχι τη φορολόγηση υπηρεσιών<sup>8</sup>. Συνεπώς, οι διατάξεις του άρθρου 22, παράγραφοι 3 και 10, της κανονιστικής αποφάσεως περί φορολογικών πλεονεκτημάτων και του άρθρου 14, παράγραφος 3, του κώδικα φόρου εισοδήματος νομικών προσώπων πρέπει να εκτιμηθούν υπό το πρίσμα της ελεύθερης κυκλοφορίας των κεφαλαίων. Καθόσον πρόκειται για μερίσματα από μετοχές ελεύθερης διασποράς, δεν τίθεται, εξάλλου, ζήτημα προστασίας της ελευθερίας εγκαταστάσεως<sup>9</sup>. Ως εκ τούτου, ο έλεγχος θα αφορά μόνον τον τυχόν περιορισμό της ελεύθερης κυκλοφορίας των κεφαλαίων κατ' άρθρο 63 ΣΛΕΕ.

## **B. Περιορισμός της ελεύθερης κυκλοφορίας των κεφαλαίων**

33. Μεταξύ των μέτρων που απαγορεύονται από το άρθρο 63, παράγραφος 1, ΣΛΕΕ, διότι συνιστούν περιορισμούς στην ελεύθερη κυκλοφορία των κεφαλαίων, καταλέγονται κατά πάγια νομολογία και εκείνα που είναι ικανά να αποτρέψουν επενδυτές εγκατεστημένους στην αλλοδαπή από την πραγματοποίηση επενδύσεων σε κράτος μέλος ή τους εγκατεστημένους στο κράτος μέλος αυτό από την πραγματοποίηση επενδύσεων σε άλλα κράτη<sup>10</sup>.

34. Πάντως, στην περίπτωση των φόρων, πρέπει να λαμβάνεται υπόψη το γεγονός ότι αυτοί αποτελούν *per se* επιβάρυνση και μειώνουν πάντοτε την ελκυστικότητα της επένδυσης. Συναφώς, το Δικαστήριο έχει κρίνει επανειλημμένως ότι οι κανόνες των κρατών μελών σχετικά με τις προϋποθέσεις και το επίπεδο φορολογίας καλύπτονται από τη φορολογική αυτονομία των κρατών μελών, εφόσον η μεταχείριση των διασυννοριακών καταστάσεων δεν εισάγει δυσμενείς διακρίσεις σε σύγκριση με τη μεταχείριση των εσωτερικών καταστάσεων<sup>11</sup>. Κατόπιν προσεκτικότερης εξετάσεως, η εν λόγω μείωση της αυστηρότητας του ελέγχου στο φορολογικό δίκαιο –την οποία επισήμανε προσφάτως ο γενικός εισαγγελέας G. Hogan<sup>12</sup>– συνάδει με τη λογική στην οποία στηρίχθηκε το Δικαστήριο, στη λεγόμενη νομολογία Keck<sup>13</sup>, προκειμένου να μην προβαίνει σε γενική εξέταση των σχετικών περιορισμών<sup>14</sup>.

35. Στο πλαίσιο αυτό, περιορισμός της κυκλοφορίας των κεφαλαίων μπορεί να υφίσταται στο φορολογικό δίκαιο μόνο στην περίπτωση που ένα κράτος μέλος επιφυλάσσει στα μερίσματα που καταβάλλονται σε εδρεύοντα στην αλλοδαπή νομικά πρόσωπα δυσμενέστερη μεταχείριση σε σχέση με εκείνη που επιφυλάσσει στα μερίσματα που καταβάλλονται σε νομικά πρόσωπα που εδρεύουν στην ημεδαπή. Ο λόγος είναι ότι αυτό ενδέχεται να αποτρέψει τις εδρεύουσες στην

<sup>8</sup> Πρβλ., επίσης, αποφάσεις της 21ης Ιουνίου 2018, Fidelity Funds κ.λπ. (C-480/16, EU:C:2018:480, σκέψεις 35 και 36), της 10ης Απριλίου 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, σκέψη 29), και της 13ης Νοεμβρίου 2012, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-35/11, EU:C:2012:707, σκέψη 92).

<sup>9</sup> Ειδικότερα, δεν πρόκειται για συμμετοχές που παρέχουν τη δυνατότητα στον προσφεύγοντα να ασκεί αποφασιστική επιρροή στις αποφάσεις της εταιρίας και να καθορίζει τις δραστηριότητές της. Βλ., συναφώς, αποφάσεις της 13ης Νοεμβρίου 2012, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-35/11, EU:C:2012:707, σκέψεις 90 επ.), της 10ης Φεβρουαρίου 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel και Österreichische Salinen (C-436/08 και C-437/08, EU:C:2011:61, σκέψη 35), και της 21ης Οκτωβρίου 2010, Ίδρυμα Τύπου (C-81/09, EU:C:2010:622, σκέψη 47).

<sup>10</sup> Αποφάσεις της 21ης Ιουνίου 2018, Fidelity Funds κ.λπ. (C-480/16, EU:C:2018:480, σκέψη 40), της 2ας Ιουνίου 2016, Pensioenfondsen Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, σκέψη 27), και της 8ης Νοεμβρίου 2012, Επιτροπή κατά Φινλανδίας, (C-342/10, EU:C:2012:688, σκέψη 28).

<sup>11</sup> Πρβλ. αποφάσεις της 26ης Μαΐου 2016, NN (L) International (C-48/15, EU:C:2016:356, σκέψη 47), και της 14ης Απριλίου 2016, Sparkasse Allgäu (C-522/14, EU:C:2016:253, σκέψη 29), διάταξη της 4ης Ιουνίου 2009, KBC-bank (C-439/07 και C-499/07, EU:C:2009:339, σκέψη 80), και απόφαση της 6ης Δεκεμβρίου 2007, Columbus Container Services (C-298/05, EU:C:2007:754, σκέψεις 51 και 53).

<sup>12</sup> Προτάσεις του γενικού εισαγγελέα G. Hogan στην υπόθεση Autoridade Tributária e Aduaneira (Φόρος υπεραξίας ακινήτου) (C-388/19, EU:C:2020:940, σημεία 36 επ.).

<sup>13</sup> Απόφαση της 24ης Νοεμβρίου 1993, Keck και Mithouard (C-267/91 και C-268/91, EU:C:1993:905, σκέψη 16).

<sup>14</sup> Βλ. αναλυτικότερα τις προτάσεις μου στην υπόθεση Google Ireland (C-482/18, EU:C:2019:728, σημεία 35 επ.).

αλλοδαπή εταιρίες από την πραγματοποίηση επενδύσεων σε αυτό το κράτος μέλος και, συνεπώς, να συνιστά περιορισμό της ελεύθερης κυκλοφορίας των κεφαλαίων, ο οποίος, κατ' αρχήν, απαγορεύεται από το άρθρο 63 ΣΛΕΕ<sup>15</sup>.

### **1. Ως προς την ύπαρξη του εν λόγω περιορισμού**

36. Σύμφωνα με τις επίμαχες στη διαφορά της κύριας δίκης διατάξεις, στον φόρο νομικών προσώπων στην Πορτογαλία υπόκεινται μόνον τα μερίσματα τα οποία καταβάλλονται σε ΟΣΕΚΑ εδρεύοντες στην αλλοδαπή (και μόνον εφόσον οι τελευταίοι δεν υπόκεινται σε φόρο εισοδήματος νομικών προσώπων στην αλλοδαπή ο οποίος ανέρχεται τουλάχιστον στο 60 % του επιπέδου φορολογήσεως στην Πορτογαλία). Ο φόρος εισοδήματος νομικών προσώπων εισπράττεται διά παρακρατήσεως στην πηγή. Αντιθέτως, σύμφωνα με το άρθρο 22, παράγραφοι 3 και 10, της κανονιστικής αποφάσεως περί φορολογικών πλεονεκτημάτων, αυτό δεν ισχύει για τους συσταθέντες σύμφωνα με το πορτογαλικό δίκαιο ΟΣΕΚΑ που έχουν έδρα στην Πορτογαλία.

37. Ασφαλώς, απόκειται σε κάθε κράτος μέλος να οργανώνει, τηρώντας το δίκαιο της Ένωσης, το εκάστοτε σύστημα φορολογήσεως των διανεμομένων κερδών και, στο πλαίσιο αυτό, να καθορίζει τη φορολογική βάση και τον φορολογικό συντελεστή που θα έχουν εφαρμογή για τη φορολογία του δικαιούχου μετόχου<sup>16</sup>. Επομένως, τα κράτη μέλη είναι ελεύθερα να προβλέπουν, προκειμένου να προωθήσουν τους ΟΣΕΚΑ, ειδικό φορολογικό καθεστώς εφαρμοστέο στους οργανισμούς αυτούς και στα μερίσματα που λαμβάνουν οι οργανισμοί αυτοί, καθώς και να καθορίζουν τις ουσιαστικές και τυπικές προϋποθέσεις που πρέπει να τηρούνται για την υπαγωγή σε ένα τέτοιο καθεστώς<sup>17</sup>.

38. Ωστόσο, η φορολογική αυτονομία των κρατών μελών πρέπει να ασκείται τηρουμένων των απαιτήσεων που απορρέουν από το δίκαιο της Ένωσης, μεταξύ άλλων, εκείνων που επιβάλλουν οι διατάξεις της Συνθήκης περί ελεύθερης κυκλοφορίας των κεφαλαίων<sup>18</sup>. Κατά συνέπεια, η θέσπιση ειδικού φορολογικού καθεστώτος για ΟΣΕΚΑ αναλόγως του τόπου της έδρας τους δεν πρέπει να συνιστά περιορισμό της ελεύθερης κυκλοφορίας των κεφαλαίων.

### **α) Επί της υπάρξεως περιορισμού σε περίπτωση μεμονωμένης εξετάσεως της φορολογίας του εισοδήματος του ΟΣΕΚΑ**

39. Με βάση την άποψη της Επιτροπής και του προσφεύγοντος θα μπορούσε εκ πρώτης όψεως να υποστηριχτεί ότι οι ανωτέρω διατάξεις είναι ικανές να αποτρέψουν έναν ΟΣΕΚΑ ο οποίος εδρεύει σε άλλο κράτος μέλος από το να επενδύσει σε επιχείρηση εδρεύουσα στην Πορτογαλία.

<sup>15</sup> Πρβλ. αποφάσεις της 21ης Ιουνίου 2018, Fidelity Funds κ.λπ. (C-480/16, EU:C:2018:480, σκέψη 44), της 2ας Ιουνίου 2016, Pensioenfondsen Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, σκέψη 28), και της 8ης Νοεμβρίου 2012, Επιτροπή κατά Φινλανδίας, (C-342/10, EU:C:2012:688, σκέψη 33).

<sup>16</sup> Αποφάσεις της 30ής Ιανουαρίου 2020, Köln-Aktiefonds Deka (C-156/17, EU:C:2020:51, σκέψη 42), της 30ής Ιουνίου 2016, Riskin και Timmermans (C-176/15, EU:C:2016:488, σκέψη 29), της 20ής Οκτωβρίου 2011, Επιτροπή κατά Γερμανίας (C-284/09, EU:C:2011:670, σκέψη 45), και της 20ής Μαΐου 2008, Orange European Smallcap Fund (C-194/06, EU:C:2008:289, σκέψη 30).

<sup>17</sup> Αποφάσεις της 30ής Ιανουαρίου 2020, Köln-Aktiefonds Deka (C-156/17, EU:C:2020:51, σκέψη 43), της 24ης Οκτωβρίου 2018, Sauvage και Lejeune (C-602/17, EU:C:2018:856, σκέψη 34), και της 9ης Οκτωβρίου 2014, van Caster (C-326/12, EU:C:2014:2269, σκέψη 47).

<sup>18</sup> Αποφάσεις της 30ής Ιανουαρίου 2020, Köln-Aktiefonds Deka (C-156/17, EU:C:2020:51, σκέψη 45), και της 30ής Ιουνίου 2011, Meilicke κ.λπ. (C-262/09, EU:C:2011:438, σκέψη 38).

40. Πράγματι, ο προσφεύγων δεν δύναται να συμψηφίσει τον παρακρατηθέντα στην Πορτογαλία φόρο στη Γερμανία, καθόσον βάσει του φορολογικού καθεστώτος των διαφανών εταιριών δεν υπόκειται σε φόρο εισοδήματος νομικών προσώπων ούτε στη Γερμανία (βλ., συναφώς, σημεία 21 και 22). Ο προσφεύγων μπορεί ασφαλώς να ζητήσει την επιστροφή μέρους του παρακρατηθέντος φόρου από το πορτογαλικό κράτος βάσει της συμβάσεως περί αποφυγής της διπλής φορολογίας μεταξύ Γερμανίας και Πορτογαλίας. Ωστόσο, τα μερίσματα που έλαβε από πορτογαλικές εταιρίες έχουν επιβαρυνθεί εν πάση περιπτώσει με πορτογαλικό φόρο εισοδήματος νομικών προσώπων 15 %. Αντιθέτως, τα μερίσματα που καταβάλλονται από πορτογαλικές επιχειρήσεις σε ΟΣΕΚΑ με έδρα την Πορτογαλία δεν υπόκεινται στην εν λόγω επιβάρυνση.

41. Η κατάσταση αυτή, καθόσον οδηγεί σε μείωση των εισοδημάτων από κεφάλαιο και, συνεπώς, της αποδόσεως της επενδύσεως του προσφεύγοντος σε πορτογαλικές επιχειρήσεις, εξεταζόμενη μεμονωμένα, ενδέχεται να είναι ικανή να αποτρέψει τον προσφεύγοντα από το να επενδύσει στην Πορτογαλία. Ως εκ τούτου, θα μπορούσε να γίνει δεκτό ότι πρόκειται για περιορισμό της ελεύθερης κυκλοφορίας των κεφαλαίων.

42. Εντούτοις, όπως προκύπτει από την απόφαση του Δικαστηρίου στην υπόθεση Pensioenfonds Metaal en Techniek<sup>19</sup>, το ζήτημα του περιορισμού της ελεύθερης κυκλοφορίας κεφαλαίων δεν εκτιμάται αποκλειστικά και μόνο βάσει του τυπικού κριτηρίου της απαλλαγής από ένα είδος φόρου. Αντιθέτως, πρέπει να λαμβάνεται υπόψη το όλο νομοθετικό περιβάλλον της φορολογήσεως ενός ΟΣΕΚΑ στο πλαίσιο μιας σφαιρικής (ουσιαστικής) εκτιμήσεως.

### **β) Επί της υπάρξεως περιορισμού στο πλαίσιο σφαιρικής εκτιμήσεως της φορολογήσεως των ΟΣΕΚΑ στην Πορτογαλία**

#### *1) Απαλλαγή από τον φόρο ή φορολόγηση με άλλον τρόπο;*

43. Από την ενδελεχέστερη εξέταση προκύπτει ότι δεν υφίσταται φοροαπαλλαγή για ΟΣΕΚΑ στην Πορτογαλία. Αντιθέτως, διαπιστώνεται ότι οι ΟΣΕΚΑ φορολογούνται ως προς τα καταβαλλόμενα σε αυτούς μερίσματα, αλλά με δύο διαφορετικούς τρόπους, ανάλογα με το αν έχουν την έδρα τους στο κράτος μέλος όπου βρίσκεται η διανέμουσα εταιρία ή αλλού.

44. Ειδικότερα, όπως προκύπτει από την αίτηση προδικαστικής αποφάσεως και τις συμπληρωματικές παρατηρήσεις που διαβίβασε το αιτούν δικαστήριο σε απάντηση στα ερωτήματα του Δικαστηρίου, καθώς και από τις παρατηρήσεις της Πορτογαλίας, η Πορτογαλία εισήγαγε από το 2015 ένα ειδικό σύστημα φορολογήσεως για τους εδρεύοντες στην ημεδαπή ΟΣΕΚΑ.

45. Στο πλαίσιο αυτό, η εξαίρεση από τον φόρο εισοδήματος νομικών προσώπων των εισοδημάτων από κεφάλαιο των ΟΣΕΚΑ με έδρα στην ημεδαπή συνοδεύτηκε από τη θέσπιση ενός ειδικού τέλους χαρτοσήμου. Όπως επιβεβαιώνει το αιτούν δικαστήριο, το προβλεπόμενο από το άρθρο 22 της κανονιστικής αποφάσεως περί φορολογικών πλεονεκτημάτων ειδικό φορολογικό καθεστώς για τους εδρεύοντες στην ημεδαπή ΟΣΕΚΑ συναρτάται με το τέλος χαρτοσήμου. Το τέλος αυτό φέρεται να αντικατέστησε το προηγούμενο καθεστώς υπαγωγής των μερισμάτων στον φόρο εισοδήματος νομικών προσώπων. Όπως επιβεβαιώνει το αιτούν

<sup>19</sup> Απόφαση της 2ας Ιουνίου 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, σκέψεις 29 επ.).

δικαστήριο, το τέλος χαρτοσήμου επιβάλλεται μόνο σε ΟΣΕΚΑ με έδρα την Πορτογαλία. Σύμφωνα με τις παρατηρήσεις της Πορτογαλίας, σκοπός της επιβολής του ήταν η εφαρμογή ενός συστήματος «φορολογήσεως κατά την έξοδο».

46. Θεωρώ ότι η εν λόγω ρύθμιση έχει την έννοια ότι τα λαμβανόμενα από τον ΟΣΕΚΑ μερίσματα και άλλα περιουσιακά στοιχεία επιβαρύνονται με φόρο εισοδήματος το πρώτον κατά την καταβολή στον επενδυτή και στο επίπεδο αυτού. Στο ενδιάμεσο διάστημα, όμως, υπόκεινται σε τριμηνιαία βάση σε άλλο φόρο, ήτοι στο τέλος χαρτοσήμου. Από την άποψη αυτή, τα πραγματικά περιστατικά παρουσιάζουν μεγάλη ομοιότητα με τα πραγματικά περιστατικά επί τη βάσει των οποίων εκδόθηκε η απόφαση *Pensioenfonds Metaal en Techniek*<sup>20</sup>. Στην εν λόγω υπόθεση, τα ημεδαπά συνταξιοδοτικά ταμεία δεν υπέκειντο στον γενικό φόρο εισοδήματος, αλλά σε έναν ειδικό φόρο επί των κεφαλαιακών αποδόσεων, ο οποίος υπολογίζεται με βάση την περιουσία, εθεωρείτο δε από ορισμένους μετέχοντες στη διαδικασία ως φόρος επί της περιουσίας<sup>21</sup>.

47. Ανεξαρτήτως του αν, από δογματικής απόψεως, το εν λόγω τέλος χαρτοσήμου θεωρηθεί πράγματι ως ένα είδος φόρου επί της περιουσίας, όπως διατείνεται η Επιτροπή, ή ως ένα είδος φόρου εισοδήματος βάσει της καθαρής λογιστικής αξίας, είναι γεγονός ότι επιβάλλεται και επί μερισμάτων τα οποία δεν διανέμονται περαιτέρω (αποθεματοποιούνται). Επίσης, όσον αφορά τους εδρεύοντες στην ημεδαπή ΟΣΕΚΑ, η πορτογαλική φορολογική νομοθεσία διακρίνει μεταξύ αποθεματοποιούμενων και αμέσως διανεμόμενων εισοδημάτων από κεφάλαιο. Εξάλλου, το εν λόγω τέλος δεν καταλαμβάνει μόνον το αποθεματοποιούμενο εισόδημα από μερίσματα, αλλά το σύνολο των κεφαλαίων του ΟΣΕΚΑ. Κατά συνέπεια, φορολογούνται όλες οι συμμετοχές, και όχι μόνον οι συμμετοχές πορτογαλικών επιχειρήσεων.

48. Ακόμη και για τα πορτογαλικά μερίσματα τα οποία διανέμονται αμέσως εν συνεχεία στους επενδυτές, ο εδρεύων στην ημεδαπή ΟΣΕΚΑ φορολογείται με το τέλος χαρτοσήμου βάσει των συμμετοχών από τις οποίες προέρχονται τα εν λόγω μερίσματα. Το αν θα εφαρμοστεί ένας σαφώς χαμηλότερος φορολογικός συντελεστής (τέλος χαρτοσήμου) επί ενός σαφώς υψηλότερου αποθέματος κεφαλαίου ή, αντιθέτως, θα φορολογηθεί το σαφώς χαμηλότερο διανεμόμενο εκ του κεφαλαίου ποσό με υψηλότερο συντελεστή (15 % επί των καταβαλλόμενων μερισμάτων) αποτελεί κατά τη γνώμη μου απλώς θέμα φορολογικής τεχνικής. Τούτο διότι για να παραμείνει σταθερό το αποθεματοποιημένο κεφάλαιο θα πρέπει να καταβληθεί τέλος χαρτοσήμου εκ των εισπραχθέντων μερισμάτων (αν υποτεθεί ότι ο ΟΣΕΚΑ δεν έχει άλλα έσοδα). Ως εκ τούτου, δεν ευσταθεί το επαναλαμβανόμενο επιχείρημα του προσφεύγοντος ότι η Πορτογαλία δεν φορολογεί τα μερίσματα που καταβάλλονται προς εδρεύοντες στην ημεδαπή ΟΣΕΚΑ. Παρά τη διαφορετική τεχνική φορολογήσεως, παραμένει γεγονός ότι οι πορτογαλικοί ΟΣΕΚΑ που εδρεύουν στην Πορτογαλία φορολογούνται λόγω των συμμετοχών τους σε πορτογαλικές επιχειρήσεις.

49. Εξάλλου, όπως ορθώς παρατηρεί η Πορτογαλία, σε αυτό έγκειται και η διαφορά της παρούσας περιπτώσεως από τις περιπτώσεις επί των οποίων εκδόθηκαν οι αποφάσεις του Δικαστηρίου στις υποθέσεις *Fidelity Funds*<sup>22</sup> και *Denkavit International* και *Denkavit France*<sup>23</sup>. Σε αυτές, το κράτος της πηγής του εισοδήματος είχε απαλλάξει από τον φόρο τους εδρεύοντες στην ημεδαπή ΟΣΕΚΑ, ενώ, αντιθέτως, στην υπό κρίση περίπτωση η Πορτογαλία δεν παρέχει απαλλαγή, αλλά εφαρμόζει διαφορετικό τρόπο φορολογήσεως. Όπως στην απόφαση

<sup>20</sup> Απόφαση της 2ας Ιουνίου 2016, *Pensioenfonds Metaal en Techniek* (C-252/14, EU:C:2016:402, σκέψεις 29 επ.).

<sup>21</sup> Βλ., σχετικά, και προτάσεις του γενικού εισαγγελέα M. Szpunar στην υπόθεση *Pensioenfonds Metaal en Techniek* κ.λπ. (C-252/14, EU:C:2015:571, σημείο 23).

<sup>22</sup> Απόφαση της 21ης Ιουνίου 2018, *Fidelity Funds* κ.λπ. (C-480/16, EU:C:2018:480, σκέψεις 42 επ.).

<sup>23</sup> Απόφαση της 14ης Δεκεμβρίου 2006 (C-170/05, EU:C:2006:783, σκέψεις 37 επ.).

Pensioenfonds Metaal en Techniek<sup>24</sup> έτσι και στην υπό κρίση περίπτωση επιβάλλεται να ληφθεί υπόψη ο εν λόγω διαφορετικός τρόπος φορολογήσεως κατά την εκτίμηση της υπάρξεως κάποιου περιορισμού.

50. Ως εκ τούτου, ελάχιστα πειστικά είναι και τα γραφήματα και οι υποθετικοί υπολογισμοί που προσκομίζει ο προσφεύγων. Εν προκειμένω, ο προσφεύγων θεωρεί, μεταξύ άλλων, ότι η φορολογική επιβάρυνση δύναται να αποφευχθεί άνευ ετέρου με τη μεσολάβηση ενός πορτογαλικού ΟΣΕΚΑ. Αυτό είναι εν μέρει μόνον ορθό. Ο ενδιάμεσος ΟΣΕΚΑ δεν θα υπέκειτο μεν σε φόρο εισοδήματος νομικών προσώπων επί των μερισμάτων, ωστόσο θα φορολογείτο σε τριμηνιαία βάση επί του συνόλου των κεφαλαίων του, γεγονός που θα συνεπαγόταν εντέλει και μείωση του εισοδήματος των επενδυτών του ΟΣΕΚΑ, δεδομένου ότι το τέλος χαρτοσήμου καταβάλλεται από τα εισοδήματα του ΟΣΕΚΑ. Το ποια από τις δύο εκδοχές είναι ευμενέστερη εξαρτάται από το ύψος του μερίσματος σε σχέση με το απόθεμα κεφαλαίου. Κατά τα έτη που η πορτογαλική επιχείρηση δεν θα διανέμει μέρισμα, η «μεσολάβηση» εδρεύοντος στην ημεδαπή ΟΣΕΚΑ θα λειτουργεί από φορολογικής απόψεως μάλλον αρνητικά.

## *2) Σημασία του πλήρους συμψηφισμού στο κράτος της έδρας*

51. Υπάρχει επίσης μία ακόμη πτυχή, στην οποία οι μετέχοντες στη διαδικασία απέδωσαν ελάχιστη σημασία στα υπομνήματά τους και η οποία συναρτάται με τους σκοπούς των ΟΣΕΚΑ.

52. Ειδικότερα, οι ΟΣΕΚΑ αποτελούν ειδικά επενδυτικά οχήματα που σκοπό έχουν να παράσχουν τη δυνατότητα σε ιδιώτες επενδυτές να επενδύσουν χρήματα στην αγορά κινητών αξιών χωρίς αυξημένες διοικητικές επιβαρύνσεις και απολαμβάνοντας ειδικό καθεστώς προστασίας. Τούτο προκύπτει, μεταξύ άλλων, από την αιτιολογική σκέψη 3 της οδηγίας 2009/65/ΕΚ και τους περιορισμούς που ισχύουν για τους ΟΣΕΚΑ σε σχέση με επιλέξιμες επενδυτικές κατηγορίες, από τις ειδικές υποχρεώσεις σε θέματα πληροφόρησης, από τα απλοποιημένα ενημερωτικά φυλλάδια, από την ενισχυμένη διαφάνεια εξόδων και από την ειδική εποπτεία από τις αρχές.

53. Για να είναι οι επενδυτές πρόθυμοι να δραστηριοποιηθούν στην αγορά κινητών αξιών μέσω ενός τέτοιου ΟΣΕΚΑ, οι αποδόσεις δεν πρέπει να είναι χαμηλότερες σε σχέση με εκείνες της άμεσης επενδύσεως σε μια επιχείρηση. Αντίστοιχα, η φορολόγηση των ΟΣΕΚΑ διαμορφώνεται συνήθως κατά τρόπον ώστε, από οικονομικής απόψεως, να είναι αδιάφορο για τον επενδυτή αν θα επενδύσει σε μια επιχείρηση απευθείας ή εμμέσως, ως μερισματούχος ενός ΟΣΕΚΑ.

54. Για την επίτευξη του σκοπού αυτού, η Γερμανία επέλεξε κατά τα επίμαχα έτη να αντιμετωπίσει τους ΟΣΕΚΑ ως διαφανείς φορολογικές οντότητες. Αυτό έχει ωστόσο ως συνέπεια να αποκλείεται εξ αρχής ο συμψηφισμός της φορολογικής επιβαρύνσεως του εισοδήματος στην Πορτογαλία σε επίπεδο ΟΣΕΚΑ. Λόγω του συγκεκριμένου (γερμανικού) φορολογικού καθεστώτος, ενδεχόμενος συμψηφισμός νοείται μόνο σε επίπεδο επενδυτή. Αν όμως λάβει χώρα ο συμψηφισμός στη χώρα εγκαταστάσεως –εν προκειμένω στη Γερμανία–, ο επενδυτής αυτός δεν θα αποτραπεί από το να επενδύσει σε ΟΣΕΚΑ ο οποίος πραγματοποιεί επενδύσεις στην Πορτογαλία.

<sup>24</sup> Απόφαση της 2ας Ιουνίου 2016 (C-252/14, EU:C:2016:402).

55. Το Δικαστήριο έχει αποφανθεί ότι ο συμψηφισμός του παρακρατούμενου στην πηγή φόρου εκ μέρους του κράτους εγκαταστάσεως αποτελεί επίσης σημαντικό παράγοντα για τη διαπίστωση δυσμενούς μεταχείρισεως<sup>25</sup>. Εάν, όμως, για λόγους που ανάγονται στο φορολογικό σύστημα, δεν είναι δυνατός ο συμψηφισμός σε επίπεδο ΟΣΕΚΑ, αλλά μόνο σε επίπεδο επενδυτών, ο συμψηφισμός που λαμβάνει πράγματι χώρα σε επίπεδο επενδυτών είναι εξίσου σημαντικός με τον συμψηφισμό σε επίπεδο ΟΣΕΚΑ.

56. Ως εκ τούτου, εφόσον η Γερμανία προβαίνει πράγματι σε συμψηφισμό της προηγούμενης φορολογικής επιβαρύνσεως (15 %) του επενδυτή –στοιχείο που οφείλει να εξακριβώσει το αιτούν δικαστήριο–, μπορεί ενδεχομένως να θεωρηθεί ότι υπάρχει τυπική άνιση μεταχείριση του ΟΣΕΚΑ, όχι όμως ουσιαστική άνιση μεταχείριση των επενδυτών. Δεδομένου ότι αποκλειστικός σκοπός του ΟΣΕΚΑ είναι να καταστήσει δυνατή στους επενδυτές την πρόσβαση σε επενδύσεις στην αγορά κινητών αξιών, κρίσιμη είναι μόνον η δική τους οπτική.

57. Αντιθέτως, σε περίπτωση που δεν λαμβάνει χώρα συμψηφισμός, υφίσταται άνιση μεταχείριση λόγω του διαφορετικού τρόπου φορολογήσεως. Εν προκειμένω, η διαφορά μεταξύ των δύο τρόπων φορολογήσεως έγκειται ειδικότερα στη μέθοδο υπολογισμού της φορολογικής βάσεως (κεφάλαιο έναντι καταβληθέντος μερίσματος), στον ονομαστικό φορολογικό συντελεστή (0,0125 % ανά τρίμηνο έναντι άπαξ 15 % κατά τη διανομή) και στη διαδικασία εισπράξεως του φόρου (ανά τρίμηνο έναντι της εισπράξεως κατά την καταβολή).

58. Όσον αφορά το ζήτημα αν η νομοθεσία κράτους μέλους, όπως η επίμαχη στην κύρια δίκη, συνιστά περιορισμό στην ελεύθερη κυκλοφορία κεφαλαίων, πρέπει να εξεταστεί κατά πόσον η διαφορετική μεταχείριση της φορολογίας των μερισμάτων που καταβάλλονται σε ΟΣΕΚΑ, αναλόγως της ιδιότητάς τους ως ημεδαπών ή μη, συνεπάγεται όχι μόνο διαφορετική, αλλά και δυσμενέστερη μεταχείριση των αλλοδαπών ΟΣΕΚΑ σε σχέση με τους ημεδαπούς<sup>26</sup>.

59. Στο αιτούν δικαστήριο, το οποίο είναι το μόνον που γνωρίζει τα πραγματικά περιστατικά της υποθέσεως της οποίας επιλήφθηκε, απόκειται να αξιολογήσει κατά πόσον, όσον αφορά τα επίμαχα στην υπόθεση αυτή μερίσματα, η επιβολή στον προσφεύγοντα της κύριας δίκης παρακρατήσεως φόρου στην πηγή με συντελεστή 15 % που προβλέπεται από τη διμερή σύμβαση για την αποφυγή της διπλής φορολογίας έχει ως αποτέλεσμα να υφίσταται εντέλει ο προσφεύγων μεγαλύτερη φορολογική επιβάρυνση στην Πορτογαλία από αυτήν που υφίστανται οι ημεδαποί ΟΣΕΚΑ που βρίσκονται στην ίδια κατάσταση (ήτοι διαθέτουν τα ίδια περιουσιακά στοιχεία) με τον προσφεύγοντα<sup>27</sup>. Όπως έχει κρίνει το Δικαστήριο<sup>28</sup>, η περίοδος που λαμβάνεται υπόψη κατά τη σχετική εκτίμηση είναι το εκάστοτε φορολογικό έτος.

## 2. Συμπέρασμα

60. Με βάση τα προαναφερθέντα, αν διαπιστωθεί ότι το τριμηνιαίο τέλος χαρτοσήμου, το οποίο δεν επιβάλλεται μόνον επί των διανεμηθέντων μερισμάτων αλλά και επί του κεφαλαίου, αντιστοιχεί σε ανάλογη φορολογική επιβάρυνση ίση με 15 % της επιβαρύνσεως των μερισμάτων που καταβλήθηκαν στον προσφεύγοντα, δεν υφίσταται ουδεμία δυσμενής μεταχείριση και, συνεπώς, ουδείς περιορισμός της ελεύθερης κυκλοφορίας των κεφαλαίων. Δεδομένου ότι, κατά

<sup>25</sup> Πρβλ. απόφαση της 14ης Δεκεμβρίου 2006, Denkvit Internationaal και Denkvit France (C-170/05, EU:C:2006:783, σκέψεις 44 επ.).

<sup>26</sup> Πρβλ. απόφαση της 2ας Ιουνίου 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, σκέψη 33).

<sup>27</sup> Πρβλ. απόφαση της 2ας Ιουνίου 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, σκέψη 34), και της 17ης Σεπτεμβρίου 2015, Miljoen κ.λπ. (C-10/14, C-14/14 και C-17/14, EU:C:2015:608, σκέψη 48).

<sup>28</sup> Απόφαση της 2ας Ιουνίου 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, σκέψη 41).

κανόνα, αναγνωρίζεται στον φορολογικό νομοθέτη ορισμένο περιθώριο γενικεύσεως κατά τη διαμόρφωση διαφορετικών συστημάτων φορολογήσεως, δεν βλάπτει εάν το επίπεδο φορολογίας δεν είναι ακριβώς το ίδιο, αρκεί να είναι συγκρίσιμο κατά προσέγγιση.

61. Στην περίπτωση αυτή, το αίτημα του προσφεύγοντος θα είχε τον χαρακτήρα παροχής της δυνατότητας επιλογής κατά το δοκούν, δεδομένου ότι, αφενός, ζητεί να απαλλαγεί από τον φόρο εισοδήματος νομικών προσώπων όπως οι εδρεύοντες στην ημεδαπή ΟΣΕΚΑ, ενώ, αφετέρου, δεν επιβαρύνεται με το τέλος χαρτοσήμου, το οποίο θεσπίστηκε ως ισοδύναμος τρόπος φορολογήσεως συναρτώμενος με την απαλλαγή. Με τον τρόπο αυτόν θα ζητείτο όχι η ίση, αλλά η ευνοϊκότερη μεταχείριση σε σχέση με τους εδρεύοντες στην ημεδαπή ΟΣΕΚΑ. Ωστόσο, σκοπός των θεμελιωδών ελευθεριών δεν είναι η ευνοϊκότερη μεταχείριση μιας διασυνοριακής καταστάσεως, αλλά «μόνον» η ίση μεταχείριση<sup>29</sup>.

62. Αν αντιθέτως διαπιστωθεί ότι το τριμηνιαίο τέλος χαρτοσήμου οδηγεί εν προκειμένω σε σαφώς ευνοϊκότερη φορολογική μεταχείριση των εδρευόντων στην ημεδαπή ΟΣΕΚΑ, το γεγονός αυτό είναι ικανό να αποτρέψει τους εδρευόντες στην αλλοδαπή ΟΣΕΚΑ από το να πραγματοποιήσουν επενδύσεις στο οικείο κράτος μέλος και, συνεπώς, συνιστά περιορισμό της ελεύθερης κυκλοφορίας των κεφαλαίων, η οποία απαγορεύεται από το άρθρο 63 ΣΛΕΕ.

## **Γ. Δικαιολόγηση του περιορισμού της ελεύθερης κυκλοφορίας των κεφαλαίων**

63. Στην τελευταία περίπτωση πρέπει να εξετασθεί αν ο εν λόγω περιορισμός είναι δικαιολογημένος. Όπως προκύπτει από πάγια νομολογία του Δικαστηρίου<sup>30</sup>, προκειμένου μια εθνική φορολογική νομοθεσία η οποία διακρίνει μεταξύ της φορολογήσεως ημεδαπών και αλλοδαπών προσώπων να μπορεί να θεωρηθεί ότι συμβιβάζεται με τις διατάξεις της Συνθήκης περί ελεύθερης κυκλοφορίας των κεφαλαίων, η διαφορετική μεταχείριση πρέπει να αφορά καταστάσεις που δεν είναι αντικειμενικώς συγκρίσιμες (κατωτέρω υπό 2) ή να δικαιολογείται από επιτακτικό λόγο γενικού συμφέροντος (κατωτέρω υπό 3). Στο πλαίσιο αυτό, η ελεύθερη κυκλοφορία των κεφαλαίων εξετάζεται με γνώμονα τις λοιπές θεμελιώδεις ελευθερίες, λαμβάνοντας υπόψη τις ιδιαιτερότητες της ελεύθερης κυκλοφορίας των κεφαλαίων (κατωτέρω υπό 1).

### **1. Επί των ιδιαιτεροτήτων της ελεύθερης κυκλοφορίας των κεφαλαίων**

64. Συναφώς, σε αντίθεση με τις άλλες θεμελιώδεις ελευθερίες, το πεδίο προστασίας της ελεύθερης κυκλοφορίας των κεφαλαίων είναι περιορισμένο όταν πρόκειται για φορολογικούς περιορισμούς. Τούτο διότι, σύμφωνα με το άρθρο 65, παράγραφος 1, στοιχείο α', ΣΛΕΕ, οι διατάξεις του άρθρου 63 ΣΛΕΕ δεν θίγουν το δικαίωμα των κρατών μελών να εφαρμόζουν τις οικείες διατάξεις της φορολογικής τους νομοθεσίας οι οποίες διακρίνουν μεταξύ φορολογουμένων που δεν βρίσκονται στην ίδια κατάσταση όσον αφορά την κατοικία τους ή τον τόπο όπου είναι επενδεδυμένα τα κεφάλαιά τους. Αυτό είναι ευνόητο λαμβανομένου υπόψη του

<sup>29</sup> Βλ., συναφώς, λεπτομερέστερη ανάλυση στις προτάσεις μου στην υπόθεση Google Ireland (C-482/18, EU:C:2019:728, σημεία 35 επ.)· πρβλ. και τις πρόσφατες προτάσεις του γενικού εισαγγελέα G. Hogan στην υπόθεση Autoridade Tributária e Aduaneira (Φόρος υπεραξίας ακινήτου) (C-388/19, EU:C:2020:940, σημεία 36 επ.).

<sup>30</sup> Αποφάσεις της 21ης Ιουνίου 2018, Fidelity Funds κ.λπ. (C-480/16, EU:C:2018:480, σκέψη 48), της 10ης Απριλίου 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, σκέψη 57), της 10ης Μαΐου 2012, Santander Asset Management SGIIC κ.λπ. (C-338/11 έως C-347/11, EU:C:2012:286, σκέψη 23), και της 6ης Ιουνίου 2000, Verkooijen (C-35/98, EU:C:2000:294, σκέψη 43).

σχετικά ευρέος πεδίου εφαρμογής της. Σε αντίθεση με τις υπόλοιπες θεμελιώδεις ελευθερίες, η ελεύθερη κυκλοφορία των κεφαλαίων καταλαμβάνει και περιπτώσεις στις οποίες εμπλέκονται τρίτες χώρες.

65. Ωστόσο, κατά πάγια νομολογία του Δικαστηρίου, η διάταξη αυτή, καθόσον εισάγει παρέκκλιση από τη θεμελιώδη αρχή της ελεύθερης κυκλοφορίας των κεφαλαίων, πρέπει να ερμηνεύεται στενά. Επομένως, η εν λόγω διάταξη δεν μπορεί να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι κάθε φορολογική ρύθμιση που διακρίνει μεταξύ των φορολογουμένων αναλόγως του τόπου κατοικίας τους ή του κράτους μέλους εντός του οποίου επενδύουν τα κεφάλαιά τους είναι άνευ ετέρου συμβατή με τη Συνθήκη ΛΕΕ. Συγκεκριμένα, η παρέκκλιση που προβλέπεται στο άρθρο 65, παράγραφος 1, στοιχείο α', ΣΛΕΕ περιορίζεται από το άρθρο 65, παράγραφος 3, ΣΛΕΕ, το οποίο ορίζει ότι οι εθνικές διατάξεις στις οποίες αναφέρεται η παράγραφος 1 του άρθρου αυτού «δεν μπορούν να αποτελούν ούτε μέσο αυθαίρετων διακρίσεων ούτε συγκεκριμένο περιορισμό της ελεύθερης κίνησης των κεφαλαίων και των πληρωμών, όπως ορίζεται στο άρθρο 63 [ΣΛΕΕ]»<sup>31</sup>.

66. Ως εκ τούτου, πρέπει κατά το Δικαστήριο να γίνεται διάκριση μεταξύ των περιπτώσεων διαφορετικής μεταχείρισης που επιτρέπονται βάσει του άρθρου 65, παράγραφος 1, στοιχείο α', ΣΛΕΕ και των δυσμενών διακρίσεων που απαγορεύονται από το άρθρο 65, παράγραφος 3, ΣΛΕΕ<sup>32</sup>. Ωστόσο, το Δικαστήριο δεν έχει διευκρινίσει στη νομολογία του τα κριτήρια βάσει των οποίων θα γίνεται η διάκριση μεταξύ της διαφορετικής μεταχείρισης που επιτρέπεται (άρθρο 65, παράγραφος 1, στοιχείο α', ΣΛΕΕ) και των απαγορευόμενων από το άρθρο 65, παράγραφος 3, ΣΛΕΕ αυθαίρετων διακρίσεων ή συγκεκριμένων περιορισμών. Εξάλλου, το Δικαστήριο χρησιμοποιεί τη συνήθη διατύπωση που χρησιμοποιείται και σε σχέση με όλες τις υπόλοιπες θεμελιώδεις ελευθερίες.

67. Σύμφωνα με τη νομολογία αυτή, προκειμένου μια εθνική φορολογική ρύθμιση να μπορεί να θεωρηθεί σύμφωνη με τις θεμελιώδεις ελευθερίες, πρέπει η διαφορετική μεταχείριση την οποία προβλέπει να αφορά καταστάσεις που δεν είναι αντικειμενικώς ανάλογες ή να δικαιολογείται από επιτακτικό λόγο δημοσίου συμφέροντος<sup>33</sup>.

68. Αμφιβάλλω αν το σκεπτικό αυτό λαμβάνει επαρκώς υπόψη τις προαναφερθείσες ιδιαιτερότητες της ελεύθερης κυκλοφορίας των κεφαλαίων. Στις προτάσεις του στην υπόθεση *Pensioenfonds Metaal en Techniek*<sup>34</sup>, ο γενικός εισαγγελέας M. Szpunar διατύπωσε τη γνώμη ότι το Δικαστήριο λαμβάνει υπόψη τις εν λόγω ιδιαιτερότητες θεωρώντας ότι η κατάσταση των φορολογουμένων που είναι κάτοικοι ημεδαπής δεν είναι, κατά κανόνα, συγκρίσιμη με αυτή των φορολογουμένων που είναι κάτοικοι αλλοδαπής. Η διαπίστωση αυτή ευσταθεί, ενδεχομένως, με

<sup>31</sup> Αποφάσεις της 21ης Ιουνίου 2018, *Fidelity Funds* κ.λπ. (C-480/16, EU:C:2018:480, σκέψη 47), της 2ας Ιουνίου 2016, *Pensioenfonds Metaal en Techniek* (C-252/14, EU:C:2016:402, σκέψη 46), και της 10ης Απριλίου 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* (C-190/12, EU:C:2014:249, σκέψεις 55 και 56 και εκεί μνημονευόμενη νομολογία).

<sup>32</sup> Αποφάσεις της 21ης Ιουνίου 2018, *Fidelity Funds* κ.λπ. (C-480/16, EU:C:2018:480, σκέψη 48), της 2ας Ιουνίου 2016, *Pensioenfonds Metaal en Techniek* (C-252/14, EU:C:2016:402, σκέψη 47), και της 10ης Μαΐου 2012, *Santander Asset Management SGIIC* κ.λπ. (C-338/11 έως C-347/11, EU:C:2012:286, σκέψη 23 και εκεί μνημονευόμενη νομολογία).

<sup>33</sup> Πρβλ., όλως ενδεικτικώς, αποφάσεις της 21ης Ιουνίου 2018, *Fidelity Funds* κ.λπ. (C-480/16, EU:C:2018:480, σκέψη 48), της 2ας Ιουνίου 2016, *Pensioenfonds Metaal en Techniek* (C-252/14, EU:C:2016:402, σκέψη 47), της 1ης Δεκεμβρίου 2011, Επιτροπή κατά Βελγίου, (C-250/08, EU:C:2011:793, σκέψη 51), της 7ης Σεπτεμβρίου 2004, *Manninen* (C-319/02, EU:C:2004:484, σκέψη 29), και της 6ης Ιουνίου 2000, *Verkoijen* (C-35/98, EU:C:2000:294, σκέψη 43).

<sup>34</sup> Προτάσεις του γενικού εισαγγελέα M. Szpunar στην υπόθεση *Pensioenfonds Metaal en Techniek* (C-252/14, EU:C:2015:571, σημείο 2).



βάση την παλαιότερη νομολογία, π.χ. την απόφαση Schumacker. Σε αυτή διευκρινίζεται, πράγματι, ότι στην περίπτωση των αμέσων φόρων, η κατάσταση των κατοίκων ημεδαπής δεν είναι παρεμφερής προς την κατάσταση των κατοίκων αλλοδαπής<sup>35</sup>.

69. Ωστόσο, η νεότερη νομολογία του Δικαστηρίου φαίνεται να κινείται προς την αντίθετη κατεύθυνση. Σύμφωνα με αυτήν, κατά την εξέταση της συγκρισιμότητας πρέπει να λαμβάνονται υπόψη μόνον τα ουσιώδη κριτήρια διακρίσεως που προβλέπονται από την οικεία νομοθεσία<sup>36</sup>. Ως εκ τούτου, η δυνατότητα συγκρίσεως ή μη μιας διασυννοριακής καταστάσεως με μια εσωτερική κατάσταση εξετάζεται και στο πεδίο εφαρμογής της ελεύθερης κυκλοφορίας των κεφαλαίων όπως σε όλες τις άλλες θεμελιώδεις ελευθερίες, ήτοι λαμβάνοντας υπόψη τον σκοπό που επιδιώκεται με τις επίμαχες εθνικές διατάξεις<sup>37</sup> καθώς και το αντικείμενο και το περιεχόμενο των διατάξεων αυτών<sup>38</sup>.

70. Εάν το Δικαστήριο κρίνει ότι οι απαγορευόμενες από το άρθρο 65, παράγραφος 3, ΣΛΕΕ «αυθαίρετες διακρίσεις»<sup>39</sup> εξομοιώνονται με τις κοινές διακρίσεις, οι οποίες απαγορεύονται σε σχέση με τις υπόλοιπες θεμελιώδεις ελευθερίες στο φορολογικό δίκαιο, τότε οι προαναφερθείσες ιδιαιτερότητες της ελεύθερης κυκλοφορίας των κεφαλαίων σε σχέση με τη φορολογική νομοθεσία των κρατών μελών θα πρέπει να ληφθούν υπόψη το αργότερο κατά τη στάθμιση στο πλαίσιο του ελέγχου της αναλογικότητας.

71. Υπό αυτή την έννοια, θεωρώ ότι η επελθούσα με τη συνθήκη του Μάαστριχτ τροποποίηση<sup>40</sup> διά της θεσπίσεως του νυν άρθρου 65 ΣΛΕΕ οδήγησε σε μείωση του επιπέδου προστασίας της ελεύθερης κυκλοφορίας των κεφαλαίων έναντι περιορισμών μέσω της φορολογικής νομοθεσίας. Κατά συνέπεια, στο πλαίσιο της σταθμίσεως της ελεύθερης κυκλοφορίας κεφαλαίων με τους σκοπούς που επιδιώκουν τα κράτη μέλη με την οικεία διαφοροποίηση, θα πρέπει στις εν λόγω περιπτώσεις να αποδίδεται στην ελευθερία αυτή μικρότερη βαρύτητα από ό,τι στο πλαίσιο της σταθμίσεως των σκοπών αυτών με τις υπόλοιπες θεμελιώδεις ελευθερίες<sup>41</sup>. Αυτό σημαίνει ότι ένας περιορισμός της ελεύθερης κυκλοφορίας των κεφαλαίων με φορολογικές διατάξεις οι οποίες συναρτώνται με την έδρα μπορεί να δικαιολογηθεί πιο εύκολα από ό,τι, για παράδειγμα, ένας περιορισμός της ελευθερίας εγκαταστάσεως. Θα επανέλθω στο θέμα αυτό στο πλαίσιο του ελέγχου της αναλογικότητας.

<sup>35</sup> Απόφαση της 14ης Φεβρουαρίου 1995, Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, σκέψη 31), επιβεβαιωθείσα ομοίως με τις αποφάσεις της 22ας Δεκεμβρίου 2008, Truck Center (C-282/07, EU:C:2008:762, σκέψη 38), και της 5ης Ιουλίου 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424, σκέψη 26).

<sup>36</sup> Αποφάσεις της 21ης Ιουνίου 2018, Fidelity Funds κ.λπ. (C-480/16, EU:C:2018:480, σκέψη 51), της 2ας Ιουνίου 2016, Pensioenfond Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, σκέψη 49), και της 10ης Μαΐου 2012, Santander Asset Management SGIC κ.λπ. (C-338/11 έως C-347/11, EU:C:2012:286, σκέψη 28). Μάλιστα, στην απόφαση της 26ης Φεβρουαρίου 2019, N Luxembourg 1 κ.λπ. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 και C-299/16, EU:C:2019:134, σκέψεις 162 επ.), το Δικαστήριο δέχθηκε ότι η στέρηση ταμειακού πλεονεκτήματος σε περίπτωση ενέχουσα διασυννοριακό χαρακτήρα, ενώ το πλεονέκτημα αυτό παρέχεται σε ανάλογη περίπτωση που συνιστά αμιγώς εσωτερική υπόθεση, αποτελεί περιορισμό της ελεύθερης κυκλοφορίας των κεφαλαίων. Ωστόσο, η παρακράτηση του φόρου συνεπάγεται εξ ορισμού ένα μειονέκτημα ρευστότητας σε σχέση με τη (μεταγενέστερη) βεβαίωση του φόρου, ακόμη και αν το μειονέκτημα αυτό περιορίζεται εξαιτίας των προκαταβολών.

<sup>37</sup> Αποφάσεις της 2ας Ιουνίου 2016, Pensioenfond Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, σκέψη 48), και της 8ης Νοεμβρίου 2012, Επιτροπή κατά Φινλανδίας (C-342/10, EU:C:2012:688, σκέψη 36 και εκεί μνημονεύομενη νομολογία).

<sup>38</sup> Αποφάσεις της 2ας Ιουνίου 2016, Pensioenfond Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, σκέψη 48), και της 10ης Μαΐου 2012, Επιτροπή κατά Εσθονίας (C-39/10, EU:C:2012:282, σκέψη 51).

<sup>39</sup> Η ύπαρξη «συγκεκριμένου περιορισμού» κατά την έννοια του άρθρου 65, παράγραφος 3, ΣΛΕΕ αποκλείεται προφανώς όταν πρόκειται για κανόνα ο οποίος συναρτάται με την έδρα.

<sup>40</sup> Συνθήκη για την Ευρωπαϊκή Ένωση της 7ης Φεβρουαρίου 1992 (ΕΕ 1992, C 191, σ. 1).

<sup>41</sup> Πρβλ. προτάσεις μου στην υπόθεση Q (C-133/13, EU:C:2014:2255, σημείο 48) και Kokott, J., *Das Steuerrecht der Europäischen Union*, Μόναχο 2018, § 3, σημείο 94 in fine.

## 2. Συγκρισιμότητα ημεδαπής και αλλοδαπής καταστάσεως

72. Όπως προαναφέρθηκε, η δυνατότητα ή η έλλειψη δυνατότητας συγκρίσεως μιας διασυνοριακής καταστάσεως με μια εσωτερική κατάσταση πρέπει να εξετάζεται λαμβανομένων υπόψη του σκοπού που επιδιώκεται από τις οικείες εθνικές διατάξεις, καθώς και του αντικειμένου και του περιεχομένου των διατάξεων αυτών. Στο πλαίσιο αυτό, πρέπει να λαμβάνονται υπόψη μόνον τα ουσιώδη κριτήρια διακρίσεως που προβλέπονται από την οικεία νομοθεσία προκειμένου να εκτιμηθεί αν η διαφορετική μεταχείριση που απορρέει από την εν λόγω νομοθεσία αποτελεί συνέπεια μιας αντικειμενικής διαφοράς των καταστάσεων<sup>42</sup>.

73. Ο τρόπος φορολόγησεως συναρτάται εν προκειμένω με ένα κριτήριο διαφοροποίησης το οποίο στηρίζεται κατ' ουσίαν στην έδρα του ΟΣΕΚΑ προς τον οποίον καταβάλλονται τα μερίσματα. Κατά συνέπεια, πρέπει να εξετασθεί εάν οι εδρεύοντες στην ημεδαπή ΟΣΕΚΑ βρίσκονται σε παρεμφερή κατάσταση με τους εδρεύοντες στην αλλοδαπή ΟΣΕΚΑ, λαμβανομένων υπόψη του σκοπού, του αντικειμένου και του περιεχομένου του επίμαχου στην κύρια διαφορά κανόνα.

74. Συναφώς, επισημαίνεται ότι με τη φορολόγηση στην οποία υπόκεινται οι ημεδαποί ΟΣΕΚΑ επιδιώκεται διαφορετικός σκοπός σε σχέση με τη φορολόγηση που επιβάλλεται στους αλλοδαπούς ΟΣΕΚΑ. Ενώ δηλαδή οι ημεδαποί ΟΣΕΚΑ φορολογούνται επί του συνόλου των περιουσιακών τους στοιχείων, τα οποία υπολογίζονται με βάση την καθαρή λογιστική τους αξία με εφαρμογή κατ' αποκοπήν φορολογικού συντελεστή, ανεξαρτήτως του εάν ελήφθησαν όντως μερίσματα κατά την οικεία φορολογική χρήση, οι αλλοδαποί ΟΣΕΚΑ φορολογούνται μόνον επί των μερισμάτων που έλαβαν στην Πορτογαλία κατά την εν λόγω χρήση.

75. Ο εν λόγω ειδικός τρόπος φορολόγησεως αποτελεί προφανή συνέπεια του ιδιαίτερου σκοπού του ΟΣΕΚΑ. Ο σκοπός αυτός έγκειται στο να παρέχεται στους ιδιώτες επενδυτές η δυνατότητα να επενδύουν χρήματα στην αγορά κινητών αξιών χωρίς αυξημένες διοικητικές επιβαρύνσεις και απολαμβάνοντας ειδικό καθεστώς προστασίας (βλ. σημεία 52 και 53 των παρούσων προτάσεων).

76. Όμως και ο άμεσος επενδυτής θα επιβαρυνόταν με φόρο εισοδήματος το πρώτον κατά τον χρόνο της καταβολής του μερίσματος στον ίδιο. Ωστόσο, η Πορτογαλία, προκειμένου να συμμετάσχει στις υπεραξίες του συνόλου περιουσίας μέχρι τον εν λόγω χρόνο, αποφάσισε να θεσπίσει ανάλογο ειδικό φόρο, στον οποίον υποβάλλεται το σύνολο των περιουσιακών στοιχείων των εδρευόντων στην ημεδαπή ΟΣΕΚΑ κατ' αποκοπήν τέσσερις φορές ανά έτος, ανεξαρτήτως του εάν αποκομίζονται εισοδήματα, ιδίως μερίσματα, από αυτά τα περιουσιακά στοιχεία. Με τον τρόπο αυτόν, η Πορτογαλία εξασφαλίζει συνεχή, αν και μικρότερα, φορολογικά έσοδα, δίχως να πρέπει να περιμένει τη διανομή στον επενδυτή. Υπό το πρίσμα της φορολόγησεως αναλόγως των οικονομικών δυνατοτήτων, το τέλος χαρτοσήμου είναι μάλλον δυσμενέστερο για τους εδρεύοντες στην ημεδαπή ΟΣΕΚΑ, δεδομένου ότι αυτοί βαρύνονται με φόρο ακόμη και αν δεν πραγματοποιήσουν έσοδα. Αυτός είναι, προφανώς, και ο λόγος του πολύ χαμηλού ονομαστικού συντελεστή του τέλους χαρτοσήμου. Αντιθέτως, οι εδρεύοντες στην αλλοδαπή ΟΣΕΚΑ φορολογούνται, μεν, με σαφώς υψηλότερο ονομαστικό συντελεστή, αλλά μόνο στην περίπτωση που οι οικονομικές τους δυνατότητες αυξηθούν λόγω των εισπραχθέντων μερισμάτων.

<sup>42</sup> Αποφάσεις της 2ας Ιουνίου 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, σκέψη 49), και της 10ης Μαΐου 2012, Santander Asset Management SGIC κ.λπ. (C-338/11 έως C-347/11, EU:C:2012:286, σκέψη 28).

77. Ως εκ τούτου, ισχύουν και από αυτή την άποψη οι διαπιστώσεις του Δικαστηρίου στην υπόθεση *Pensioenfonds Metaal en Techniek*<sup>43</sup>. Κατά τη φορολόγηση των εδρευόντων στην ημεδαπή ΟΣΕΚΑ, η Πορτογαλία ενεργεί υπό την ιδιότητα του κράτους της έδρας των ΟΣΕΚΑ αυτών, το οποίο διαθέτει σχετική φορολογική εξουσία επί του συνόλου των εισοδημάτων και, στην υπό κρίση περίπτωση, της περιουσίας τους.

78. Κατά τη νομολογία του Δικαστηρίου, θα πρέπει και ως προς τον φόρο περιουσίας να θεωρηθεί ότι η κατάσταση του εδρευόντος στην αλλοδαπή διαφέρει από την κατάσταση του εδρευόντος στην ημεδαπή κατά το μέτρο που όχι μόνον το κύριο μέρος των εισοδημάτων, αλλά και το κύριο μέρος της περιουσίας του τελευταίου, συγκεντρώνονται συνήθως εντός του κράτους μέλους όπου έχει την έδρα του<sup>44</sup>. Επομένως, ο φορολογούμενος ο οποίος έχει μη σημαντικό τμήμα της περιουσίας του εντός κράτους μέλους διαφορετικού από το κράτος κατοικίας του δεν βρίσκεται, κατά γενικό κανόνα, σε παρεμφερή κατάσταση προς αυτή των κατοίκων του άλλου αυτού κράτους<sup>45</sup>. Αυτό ισχύει προφανώς και για τους ΟΣΕΚΑ.

79. Όσον αφορά τον προσφεύγοντα, ο οποίος εδρεύει στη Γερμανία, η Πορτογαλία δύναται να φορολογήσει με βάση τη σύμβαση περί αποφυγής της διπλής φορολογίας με τη Γερμανία μόνον τα εισοδήματα που προέρχονται από τα περιουσιακά στοιχεία του εν λόγω ΟΣΕΚΑ στην Πορτογαλία. Συνεπώς, η Πορτογαλία φορολογεί τα μερίσματα που λαμβάνονται από τους αλλοδαπούς ΟΣΕΚΑ υπό την ιδιότητά της ως κράτους προελεύσεως των μερισμάτων.

80. Δεδομένου ότι, δυνάμει της ανωτέρω συμβάσεως, η Πορτογαλία δεν διαθέτει εξουσία φορολόγησεως των περιουσιακών στοιχείων ενός εδρευόντος στην αλλοδαπή ΟΣΕΚΑ τα οποία, όπως τα επίμαχα στη διαφορά της κύριας δίκης, δεν βρίσκονται στην επικράτειά της, το γεγονός ότι ορισμένα εκ των περιουσιακών στοιχείων σχετίζονται με την Πορτογαλία δεν είναι από μόνο του ικανό να επισύρει τη φορολόγηση του συνόλου των περιουσιακών στοιχείων από το πορτογαλικό κράτος.

81. Υπό τις συνθήκες αυτές, δεν δύναται να επιτευχθεί ως προς τους εδρευόντες στην αλλοδαπή ΟΣΕΚΑ ο σκοπός που επιδιώκεται με τον επίμαχο στην κύρια δίκη εθνικό κανόνα, ήτοι η εφαρμογή του λεγόμενου φόρου κατά την έξοδο για επενδυτές ΟΣΕΚΑ και η μέχρι τη διανομή φορολόγηση των ΟΣΕΚΑ βάσει της περιουσίας τους.

82. Ο εν λόγω σκοπός δεν δύναται να επιτευχθεί επίσης με τη φορολόγηση των μερισμάτων που λαμβάνουν οι εδρευόντες στην αλλοδαπή ΟΣΕΚΑ με τη μέθοδο της επιβολής τέλους χαρτοσήμου (ήτοι, της φορολόγησεως του αντίστοιχου «πορτογαλικού» κεφαλαίου). Τούτο οφείλεται σε τελική ανάλυση στο γεγονός ότι, σύμφωνα με τους κανόνες της συμβάσεως περί αποφυγής της διπλής φορολογίας με τη Γερμανία (και με τα γενικά πρότυπα του ΟΟΣΑ), οι εδρευόντες στην αλλοδαπή ΟΣΕΚΑ δύναται να φορολογηθούν μόνον εάν τους έχουν καταβληθεί μερίσματα.

83. Ως εκ τούτου, υπό το πρίσμα του σκοπού που επιδιώκει η εν λόγω εθνική νομοθεσία, καθώς και του αντικειμένου και του περιεχομένου αυτής, διαπιστώνεται ότι ένας αλλοδαπός ΟΣΕΚΑ δεν βρίσκεται σε κατάσταση συγκρίσιμη με αυτή ενός ημεδαπού.

84. Το συμπέρασμα αυτό συνάδει επίσης και με την εκτίμηση του άρθρου 65, παράγραφος 1, στοιχείο α', ΣΛΕΕ, καθώς και με το ότι δεν υφίσταται αυθαίρετη άνιση μεταχείριση απαγορευόμενη από το άρθρο 65, παράγραφος 3, ΣΛΕΕ. Ασφαλώς υπάρχουν διάφοροι λόγοι για

<sup>43</sup> Απόφαση της 2ας Ιουνίου 2016, *Pensioenfonds Metaal en Techniek* (C-252/14, EU:C:2016:402, σκέψεις 55 επ.).

<sup>44</sup> Απόφαση της 5ης Ιουλίου 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424, σκέψη 37).

<sup>45</sup> Πρβλ. απόφαση της 5ης Ιουλίου 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424, σκέψη 38).

να επικρίνει κανείς το τέλος χαρτοσήμου ή να το θεωρήσει αξιοπερίεργο. Ωστόσο, με βάση την ανωτέρω αναλυθείσα περιορισμένη εξουσία φορολογήσεως, η εν λόγω διαφορετική μεταχείριση ημεδαπών και αλλοδαπών ΟΣΕΚΑ είναι εύλογη και δεν είναι αυθαίρετη κατά την έννοια του άρθρου 65, παράγραφος 3, ΣΛΕΕ.

### **3. Επικουρικός: λόγοι που δικαιολογούν τη διαφορετική μεταχείριση**

85. Για την περίπτωση που το Δικαστήριο κάνει δεκτό ότι η κατάσταση είναι συγκρίσιμη, πρέπει να εξεταστεί εάν συντρέχει λόγος που δικαιολογεί τη διαφορετική φορολόγηση ημεδαπών και αλλοδαπών ΟΣΕΚΑ. Όπως προκύπτει από τη νομολογία του Δικαστηρίου, εθνική φορολογική νομοθεσία μπορεί να θεωρηθεί συμβατή με τις διατάξεις της Συνθήκης που αφορούν την ελεύθερη κυκλοφορία των κεφαλαίων, εάν η διαφορετική μεταχείριση δικαιολογείται από επιτακτικό λόγο γενικού συμφέροντος<sup>46</sup>.

86. Πιθανοί λόγοι δικαιολογήσεως στην υπό κρίση περίπτωση είναι η ισόρροπη κατανομή της φορολογικής εξουσίας μεταξύ των κρατών μελών [κατωτέρω υπό α)], η αποφυγή της μη φορολογήσεως [κατωτέρω υπό β)] και η διαφύλαξη της συνοχής του πορτογαλικού φορολογικού συστήματος [κατωτέρω υπό γ)]. Επιπλέον, το μέτρο (εν προκειμένω, ο διαφορετικός τρόπος φορολόγησεως) πρέπει να είναι αναλογικό, ήτοι να μπορεί να εξασφαλίσει την επίτευξη του σκοπού που επιδιώκει και να μην υπερβαίνει το αναγκαίο για την επίτευξη του σκοπού αυτού όριο [κατωτέρω υπό δ)].

#### **α) Επί του δικαιολογητικού λόγου της διαφυλάξεως της ισόρροπης κατανομής της φορολογικής εξουσίας**

87. Η ισόρροπη κατανομή της φορολογικής εξουσίας μεταξύ των κρατών μελών συνιστά θεμιτό σκοπό αναγνωρισμένο από το Δικαστήριο<sup>47</sup>. Ο σκοπός αυτός αποτελεί έκφραση της φορολογικής κυριαρχίας των κρατών μελών. Η τελευταία περιλαμβάνει το δικαίωμα του κράτους να προστατεύει τα φορολογικά του έσοδα, ιδίως σε σχέση με τα κέρδη που πραγματοποιούνται στο έδαφός του (αρχή της εδαφικότητας), καθώς και το δικαίωμα του κράτους να διαμορφώνει αυτόνομα το φορολογικό του καθεστώς (αρχή της αυτονομίας).

88. Όπως υπενθύμισε και η Επιτροπή, το Δικαστήριο έχει αποφανθεί ότι, από τη στιγμή που ένα κράτος μέλος επέλεξε να μη φορολογήσει τους εδρεύοντες στην ημεδαπή ΟΣΕΚΑ που εισπράττουν μερίσματα ημεδαπής προελεύσεως, δεν μπορεί να επικαλεστεί την ανάγκη διασφάλισης της ισόρροπης κατανομής της εξουσίας φορολόγησεως μεταξύ των κρατών μελών για να δικαιολογήσει τη φορολόγηση των εδρευόντων στην αλλοδαπή ΟΣΕΚΑ που αποκτούν τέτοια εισοδήματα<sup>48</sup>.

<sup>46</sup> Αποφάσεις της 21ης Ιουνίου 2018, Fidelity Funds κ.λπ. (C-480/16, EU:C:2018:480, σκέψη 48), της 2ας Ιουνίου 2016, Pensioenfond Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, σκέψη 47), της 1ης Δεκεμβρίου 2011, Επιτροπή κατά Βελγίου (C-250/08, EU:C:2011:793, σκέψη 51), της 7ης Σεπτεμβρίου 2004, Manninen (C-319/02, EU:C:2004:484, σκέψη 29), και της 6ης Ιουνίου 2000, Verkooijen (C-35/98, EU:C:2000:294, σκέψη 43).

<sup>47</sup> Αποφάσεις της 7ης Νοεμβρίου 2013, K (C-322/11, EU:C:2013:716, σκέψη 50), της 6ης Σεπτεμβρίου 2012, Philips Electronics (C-18/11, EU:C:2012:532, σκέψη 23), της 29ης Νοεμβρίου 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, σκέψη 45), και της 13ης Δεκεμβρίου 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, σκέψεις 45 και 46).

<sup>48</sup> Αποφάσεις της 21ης Ιουνίου 2018, Fidelity Funds κ.λπ. (C-480/16, EU:C:2018:480, σκέψεις 71 επ.), της 10ης Απριλίου 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, σκέψη 99), της 10ης Μαΐου 2012, Santander Asset Management SGIC κ.λπ. (C-338/11 έως C-347/11, EU:C:2012:286, σκέψη 48), και της 20ής Οκτωβρίου 2011, Επιτροπή κατά Γερμανίας (C-284/09, EU:C:2011:670, σκέψη 78 και εκεί μνημονουόμενη νομολογία).

89. Εν προκειμένω δεν συντρέχει τέτοια περίπτωση. Όπως επισημάνθηκε ανωτέρω, οι εδρεύοντες στην ημεδαπή ΟΣΕΚΑ δεν απαλλάσσονται από κάθε φόρο στην Πορτογαλία, απλώς φορολογούνται με διαφορετικό τρόπο. Η Πορτογαλία έχει επιλέξει να φορολογεί τους εδρεύοντες στην ημεδαπή ΟΣΕΚΑ σε τριμηνιαία βάση, εφαρμόζοντας έναν σχετικά χαμηλό συντελεστή επί της καθαρής λογιστικής αξίας της περιουσίας τους. Δεν θα μπορούσε να λάβει την ίδια απόφαση για τους εδρεύοντες στην αλλοδαπή ΟΣΕΚΑ. Ως προς τους τελευταίους, η Πορτογαλία μπορούσε –τουλάχιστον βάσει των κριτηρίων του διεθνούς δικαίου– να φορολογήσει μόνον τα εισοδήματα από πηγές ευρισκόμενες στην Πορτογαλία (πρβλ. άρθρο 10 του υποδείγματος ΟΟΣΑ και/ή άρθρο 10 της συμβάσεως περί αποφυγής της διπλής φορολογίας μεταξύ Γερμανίας και Πορτογαλίας).

90. Κατά συνέπεια, δικαιολογείται η τυχόν διαφορετική φορολογική επιβάρυνση, καθώς και το τυχόν μειονέκτημα ρευστότητας, το οποίο είναι συμφυές με οιονδήποτε φόρο στην πηγή που δεν επιβάλλεται μετά την παρέλευση συγκεκριμένης περιόδου φορολογήσεως (εν προκειμένω τριών μηνών) αλλά παρακρατείται τη στιγμή της πληρωμής.

***β) Επί του δικαιολογητικού λόγου της αποφυγής της μη φορολογήσεως (τα λεγόμενα «λευκά εισοδήματα») στο πλαίσιο της αποτελεσματικής εισπράξεως του φόρου***

91. Από τη νομολογία του Δικαστηρίου προκύπτει επίσης ότι η ανάγκη διασφάλισης της αποτελεσματικής εισπράξεως του φόρου μπορεί να δικαιολογήσει την εφαρμογή της παρακρατήσεως στην πηγή ως τρόπου φορολογήσεως των φορολογούμενων που εδρεύουν στην αλλοδαπή, ενώ οι εδρεύοντες στην ημεδαπή δεν υπόκεινται στην εν λόγω παρακράτηση<sup>49</sup>. Σε τελική ανάλυση, η αποφυγή της διπλής φορολογήσεως εξυπηρετεί και την αποτελεσματική είσπραξη του φόρου.

92. Ο κανόνας του άρθρου 14, παράγραφος 3, του κώδικα φόρου εισοδήματος νομικών προσώπων, σύμφωνα με τον οποίον ο προσφεύγων καθίσταται υπόχρεος φόρου εισοδήματος νομικών προσώπων μόνον εφόσον και καθόσον δεν υπόκειται σε φόρο (ή υπόκειται σε χαμηλότερο φόρο) για τα εν λόγω εισοδήματά του από μερίσματα στο κράτος της έδρας του, εξυπηρετεί τον σκοπό της αποφυγής περιπτώσεων μη φορολογήσεως.

93. Μέρος της αποτελεσματικής εισπράξεως του φόρου είναι και η εις βάρος αλλοδαπού ΟΣΕΚΑ παρακράτηση του φόρου εισοδήματος στην πηγή ενός μερίσματος. Αποτελεί απλό και αποτελεσματικό τρόπο αποτροπής π.χ. δομών αμοιβαίων κεφαλαίων οι οποίες είναι διαμορφωμένες ώστε τα εισοδήματα από μερίσματα να μη δύνανται να φορολογηθούν από κανένα κράτος, συνεπώς ούτε από το κράτος της πηγής ούτε από το κράτος της έδρας, είτε σε επίπεδο των επενδυτών τους είτε σε επίπεδο ΟΣΕΚΑ, με αποτέλεσμα να αποκομίζουν «λευκά εισοδήματα».

94. Η επιβολή φόρου στην πηγή ενέχει, ασφαλώς, τον κίνδυνο της διπλής φορολογήσεως. Ο κίνδυνος αυτός δύναται, ωστόσο, να περιοριστεί ή να μηδενιστεί μέσω συμβάσεως περί αποφυγής της διπλής φορολογίας, όπως συμβαίνει στην υπό κρίση περίπτωση.

<sup>49</sup> Αποφάσεις της 22ας Νοεμβρίου 2018, Sofina κ.λπ. (C-575/17, EU:C:2018:943, σκέψη 67), και της 13ης Ιουλίου 2016, Brisal και KBC Finance Ireland (C-18/15, EU:C:2016:549, σκέψη 21)· πρβλ. αποφάσεις της 9ης Οκτωβρίου 2014, van Caster (C-326/12, EU:C:2014:2269, σκέψη 46), της 18ης Οκτωβρίου 2012, X (C-498/10, EU:C:2012:635, σκέψη 39), και της 3ης Οκτωβρίου 2006, FKP Scorpio Konzertproduktionen (C-290/04, EU:C:2006:630, σκέψη 35).

95. Μεγάλη σημασία στην καταπολέμηση της φοροαποφυγής αποδίδει ήδη και ο Ευρωπαίος νομοθέτης. Για τον λόγο αυτόν εξέδωσε την οδηγία για τη θέσπιση κανόνων κατά πρακτικών φοροαποφυγής<sup>50</sup>. Η οδηγία αυτή περιέχει και διατάξεις που αφορούν την καταπολέμηση των λεγόμενων «λευκών εισοδημάτων», ειδικότερα κανόνες για ασυμφωνίες στη μεταχείριση υβριδικών μέσων (άρθρο 9) και γενικούς κανόνες απαγόρευσης των καταχρήσεων (άρθρο 6).

96. Τέλος, και ο δεύτερος πυλώνας των μέτρων για την καταπολέμηση της φοροαποφυγής που συνιστά ο ΟΟΣΑ αποδεικνύει ότι η καταπολέμηση της αποφυγής των φορολογικών επιβαρύνσεων αποτελεί επιτακτικό λόγο γενικού συμφέροντος<sup>51</sup>. Στον πρόλογο («Cover Statement») της πρόσφατης εκθέσεως του σχετικά με την διαβούλευση για την κατάρτιση των συστάσεων του για την καταπολέμηση της φοροαποφυγής, ο ΟΟΣΑ επισήμανε ότι η καθιέρωση ενός ελάχιστου ορίου φορολογήσεως συμβάλλει στην εξασφάλιση της δικαιοσύνης και της ισότητας μεταξύ των φορολογικών συστημάτων, τη δημιουργία σταθερού φορολογικού περιβάλλοντος για νέα επιχειρηματικά μοντέλα καθώς και τη χρηματοδότηση των κρατών<sup>52</sup>, επισημαίνοντας με τον τρόπο αυτόν την ιδιαίτερη σημασία τους για το κοινωνικό σύνολο.

97. Αντίστοιχα πρέπει και ο σκοπός της εξασφάλισης ενός ελάχιστου ορίου φορολογήσεως των εδρευόντων στην αλλοδαπή ΟΣΕΚΑ να θεωρηθεί ως σκοπός γενικού συμφέροντος, ο οποίος, όπως προκύπτει από τον κανόνα του άρθρου 14, παράγραφος 3, του κώδικα φόρου εισοδήματος νομικών προσώπων, είναι λυσιτελής και στην υπό κρίση περίπτωση.

### ***γ) Επί της δικαιολόγησής που αντλείται από τη διαφύλαξη της συνοχής του φορολογικού συστήματος***

98. Η Πορτογαλία προβάλλει επίσης το επιχείρημα ότι η εφαρμογή της επίμαχης στην υπόθεση της κύριας δίκης φορολογικής διατάξεως είναι αναγκαία για τη διαφύλαξη της συνοχής του πορτογαλικού φορολογικού συστήματος. Ειδικότερα, κατά την άποψη της Πορτογαλίας υφίσταται άμεση σχέση μεταξύ της απαλλαγής των διανεμόμενων σε εδρευόντα στην ημεδαπή ΟΣΕΚΑ μερισμάτων από την παρακράτηση φόρου στην πηγή και της τριμηνιαίας φορολογήσεως διά της επιβολής του τέλους χαρτοσήμου.

99. Το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι η ανάγκη διαφυλάξεως της συνοχής του φορολογικού συστήματος μπορεί να δικαιολογήσει ρύθμιση ικανή να περιορίσει τις θεμελιώδεις ελευθερίες<sup>53</sup>. Ωστόσο, κατά πάγια νομολογία, η στηριζόμενη σε αυτόν τον δικαιολογητικό λόγο επιχειρηματολογία μπορεί να προβληθεί λυσιτελώς μόνον εάν υφίσταται άμεση σχέση μεταξύ του συγκεκριμένου φορολογικού πλεονεκτήματος και της αντισταθμίσεώς του μέσω μιας συγκεκριμένης φορολογικής επιβαρύνσεως, η δε αμεσότητα της σχέσεως αυτής πρέπει να κρίνεται υπό το πρίσμα του σκοπού που επιδιώκει η οικεία ρύθμιση<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> Οδηγία (ΕΕ) 2016/1164 του Συμβουλίου, της 12ης Ιουλίου 2016, για τη θέσπιση κανόνων κατά πρακτικών φοροαποφυγής που έχουν άμεση επίπτωση στη λειτουργία της εσωτερικής αγοράς (ΕΕ 2016, L 193, σ. 1).

<sup>51</sup> Tax challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar Two Blueprint, <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/abb4c3d1-en.pdf?expires=1607888140&id=id&accname=guest&checksum=DC286FCCE9A7B15A436A5E3297CD7D78>.

<sup>52</sup> Tax challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar Two Blueprint, Cover Statement, <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/abb4c3d1-en.pdf?expires=1607888140&id=id&accname=guest&checksum=DC286FCCE9A7B15A436A5E3297CD7D78>, σ. 10 επ.

<sup>53</sup> Αποφάσεις της 21ης Ιουνίου 2018, Fidelity Funds κ.λπ. (C-480/16, EU:C:2018:480, σκέψη 79), της 10ης Μαΐου 2012, Santander Asset Management SGIC κ.λπ. (C-338/11 έως C-347/11, EU:C:2012:286, σκέψη 50), και της 23ης Οκτωβρίου 2008, Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt (C-157/07, EU:C:2008:588, σκέψεις 43 και 44).

<sup>54</sup> Αποφάσεις της 21ης Ιουνίου 2018, Fidelity Funds κ.λπ. (C-480/16, EU:C:2018:480, σκέψη 80), της 10ης Μαΐου 2012, Santander Asset Management SGIC κ.λπ. (C-338/11 έως C-347/11, EU:C:2012:286, σκέψη 51), και της 27ης Νοεμβρίου 2008, Papillon (C-418/07, EU:C:2008:659, σκέψη 44).

100. Σύμφωνα με την Πορτογαλία, σκοπός του τέλους χαρτοσήμου είναι να φορολογεί τους επενδυτές μεταγενέστερα (κατά τη διατύπωση της Πορτογαλίας; με τη λογική του φόρου κατά την έξοδο), ενώ μέχρι τότε φορολογεί το κεφάλαιο του ΟΣΕΚΑ *ανεξαρτήτως* της εισπράξεως μερισμάτων. Ο σκοπός αυτός δεν θα μπορούσε να επιτευχθεί με τη φορολόγηση των μερισμάτων κατά τον χρόνο της καταβολής τους στους ΟΣΕΚΑ. Ως εκ τούτου, θεσπίστηκε το εν λόγω τέλος χαρτοσήμου μόνο για τους συγκεκριμένους ΟΣΕΚΑ το 2015, συγχρόνως με την απαλλαγή των εισοδημάτων από κεφάλαιο από τον φόρο εισοδήματος νομικών προσώπων και την παρακράτηση του φόρου στην πηγή.

101. Κατά συνέπεια, και παρά τους αντίθετους ισχυρισμούς της Επιτροπής και του προσφεύγοντος, υφίσταται επαρκώς άμεση σχέση. Αυτό αποδεικνύει και μόνος ο συντονισμός των δύο φόρων από απόψεως χρόνου και περιεχομένου. Το γεγονός ότι η εξισορρόπηση του πλεονεκτήματος δεν προβλέπεται στο πλαίσιο του κώδικα φόρου εισοδήματος νομικών προσώπων, αλλά με την εφαρμογή διαφορετικού τρόπου φορολόγησης δυνάμει άλλου φορολογικού νόμου, δεν είναι ικανό να θέσει υπό αμφισβήτηση την ύπαρξη της άμεσης σχέσεως. Οι απόψεις της Επιτροπής και του προσφεύγοντος πηγάζουν από μια ιδιαίτερα τυπολατρική προσέγγιση του λόγου δικαιολόγησης της διαφυλάξεως της συνοχής του φορολογικού συστήματος. Η εν λόγω τυπολατρική προσέγγιση δεν λαμβάνει ωστόσο υπόψη ότι ο λόγος αυτός δεν αφορά μόνον τη συνοχή του μεμονωμένου φορολογικού νόμου, αλλά τη συνοχή του ίδιου του φορολογικού συστήματος («régime fiscal»)<sup>55</sup>.

102. Εντούτοις, ένα φορολογικό σύστημα μπορεί να περιέχει διάφορα είδη φόρων και διάφορους τρόπους φορολόγησης. Κατά συνέπεια, οσάκις τα εν λόγω πλεονεκτήματα και μειονεκτήματα συνδέονται ουσιαστικά μεταξύ τους –όπως προκύπτει αρκετά σαφώς στην παρούσα περίπτωση από το ιστορικό της επεκτάσεως του τέλους χαρτοσήμου κατά τη θέσπιση της κανονιστικής αποφάσεως περί φορολογικών πλεονεκτημάτων–, δεν έχει σημασία αν το άμεσο πλεονέκτημα ή μειονέκτημα προβλέπεται από τον νόμο ή «μόνον» από το φορολογικό σύστημα.

#### **δ) Τήρηση της αρχής της αναλογικότητας**

103. Δεδομένου ότι συντρέχουν οι λόγοι της διασφάλισης της ισόρροπης κατανομής της φορολογικής εξουσίας, της αποτελεσματικής εισπράξεως του φόρου προς αποφυγή της μη φορολόγησης και της διαφυλάξεως της συνοχής του φορολογικού συστήματος, πρέπει να εξεταστεί εάν, στη συγκεκριμένη περίπτωση, η επιφύλαξη της δυνατότητας απαλλαγής από τον φόρο στην πηγή αποκλειστικά στους ΟΣΕΚΑ που εδρεύουν στην Πορτογαλία είναι κατάλληλη και δεν υπερβαίνει το αναγκαίο μέτρο<sup>56</sup> για τη διασφάλιση των ανωτέρω σκοπών. Φρονώ ότι οι εν λόγω προϋποθέσεις συντρέχουν.

104. Αφενός, ελλείψει φορολογικής αυτονομίας σε σχέση με το συνολικό καθαρό ενεργητικό αλλοδαπών ΟΣΕΚΑ, δεν θα μπορούσε να υπάρξει εν προκειμένω άλλη εξίσου κατάλληλη φορολόγηση από την παρακράτηση του φόρου στην πηγή όσον αφορά τα εισπραχθέντα μερίσματα. Αυτό προκύπτει και από μόνον το γεγονός ότι στο άρθρο 10, παράγραφος 2, τρίτο εδάφιο, του υποδείγματος του ΟΟΣΑ αναγνωρίζεται στο κράτος της πηγής του εισοδήματος, εκτός από το δικαίωμα φορολόγησης της διανέμουσας εταιρίας, και δικαίωμα φορολόγησης

<sup>55</sup> Ομοίως και στη γερμανική μετάφραση της πρόσφατης νομολογίας: αποφάσεις της 21ης Ιουνίου 2018, Fidelity Funds κ.λπ. (C-480/16, EU:C:2018:480, σκέψεις 83 επ.), της 12ης Ιουνίου 2018, Bevola και Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, σκέψη 51), της 21ης Δεκεμβρίου 2016, Επιτροπή κατά Πορτογαλίας (C-503/14, EU:C:2016:979, σκέψη 62), της 30ής Ιουνίου 2016, Feilen (C-123/15, EU:C:2016:496, σκέψη 29), και της 17ης Δεκεμβρίου 2015, Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829, σκέψη 45).

<sup>56</sup> Αποφάσεις της 21ης Ιουνίου 2018, Fidelity Funds κ.λπ. (C-480/16, EU:C:2018:480, σκέψη 64), της 24ης Νοεμβρίου 2016, SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, σκέψη 56), και της 17ης Δεκεμβρίου 2015, Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829, σκέψη 29).

του λήπτη των μερισμάτων. Αυτό σημαίνει ειδικότερα, ότι τουλάχιστον οι χώρες μέλη του ΟΟΣΑ θεωρούν ότι η φορολόγηση των εν λόγω μερισμάτων από το κράτος της πηγής *παράλληλα* με τη φορολόγηση των κερδών της πορτογαλικής επιχειρήσεως αποτελεί κατάλληλο και αναγκαίο μέσο για την ισόρροπη κατανομή των φορολογικών εσόδων μεταξύ των κρατών.

105. Η φορολόγηση του συνόλου του καθαρού ενεργητικού ενός εδρεύοντος στην αλλοδαπή ΟΣΕΚΑ κατόπιν αιτήσεώς του (δικαίωμα επιλογής) θα μπορούσε, λαμβάνοντας υπόψη τη συνεπαγόμενη διπλή φορολόγηση, να αποτελεί εξίσου κατάλληλο μέσο, όχι όμως και ηπιότερο. Ως εκ τούτου, παρέλκει η εξέταση στο πλαίσιο των παρουσών προτάσεων του εύλογου ζητήματος που έθεσε ο γενικός εισαγγελέας G. Hogan<sup>57</sup> σχετικά με το εάν πρέπει να ακολουθηθεί η νομολογία του Δικαστηρίου<sup>58</sup>, σύμφωνα με την οποία η δυνατότητα επιλογής συνιστά ούτως ή άλλως ακατάλληλο μέτρο για την αποφυγή της άνισης μεταχείρισης.

106. Επίσης είναι αμφίβολο αν μια αναλογική αλλά περιορισμένη φορολόγηση του κεφαλαίου αλλοδαπών ΟΣΕΚΑ –η οποία θα περιορίζεται στην καθαρή αξία των πορτογαλικών συμμετοχών και των εξ αυτών προερχόμενων αποθεματοποιούμενων μερισμάτων– θα αποτελούσε ηπιότερο μέσο. Ειδικότερα, στην περίπτωση αυτή θα απαιτείτο ο εδρεύων στην αλλοδαπή ΟΣΕΚΑ να καταρτίζει ισολογισμούς με βάση το πορτογαλικό δίκαιο για να προσδιοριστεί η αντίστοιχη καθαρή λογιστική αξία. Εν πάση περιπτώσει, το μέσο αυτό δεν θα ήταν εξίσου αποτελεσματικό, δεδομένου ότι η φορολογική βεβαίωση και η παρακολούθηση αλλοδαπών ΟΣΕΚΑ αποδεικνύεται σαφώς δυσκολότερη σε σχέση με την παρακράτηση φόρου στην πηγή κατά τη στιγμή της πληρωμής μερισμάτων σε έναν αλλοδαπό ΟΣΕΚΑ.

107. Ως εκ τούτου, κρίσιμη είναι μόνον η στάθμιση μεταξύ της ελευθερίας του προσφεύγοντος ως προς την κυκλοφορία των κεφαλαίων και των προαναφερθέντων επιτακτικών λόγων γενικού συμφέροντος στη συγκεκριμένη περίπτωση. Όπως επισημαίνεται στα σημεία 64 επ. των παρουσών προτάσεων, στο πλαίσιο αυτό πρέπει να ληφθεί υπόψη, αφενός, ότι στην ελεύθερη κυκλοφορία των κεφαλαίων πρέπει να αποδίδεται μικρότερη βαρύτητα κατά τη στάθμισή της με τους σκοπούς που επιδιώκουν τα κράτη μέλη με την οικεία διαφοροποίηση. Αφετέρου, η διασφάλιση ενός ελάχιστου ορίου φορολόγησεως, η αποτελεσματική άσκηση φορολογικών απαιτήσεων και η ισόρροπη κατανομή της φορολογικής εξουσίας αποτελούν κεντρικά στοιχεία του γενικού συμφέροντος, δεδομένου ότι υπηρετούν τους σκοπούς της χρηματοδοτήσεως του κράτους. Το κράτος δεν δύναται να ασκήσει τα καθήκοντα και να εκπληρώσει τις λειτουργίες του αν δεν υπάρχει επαρκής φορολογική βάση.

108. Στην υπό κρίση περίπτωση, στα εν λόγω έννομα αγαθά δύνανται να αντιπαραβληθούν ελάχιστα μόνο μειονεκτήματα του προσφεύγοντος. Το ένα ενδεχόμενο είναι να λάβει χώρα συμψηφισμός της πορτογαλικής φορολογικής επιβαρύνσεως με τον οφειλόμενο φόρο, όπως συμβαίνει εν προκειμένω με τους επενδυτές που εδρεύουν στη Γερμανία. Το έτερο ενδεχόμενο, που αποτελεί τη δυσμενέστερη δυνατή περίπτωση, είναι να λάβει χώρα διπλή φορολόγηση (διά της επιβολής τόσο πορτογαλικού φόρου εισοδήματος νομικών προσώπων 15 % στο επίπεδο ΟΣΕΚΑ όσο και αλλοδαπού φόρου εισοδήματος στο επίπεδο του αλλοδαπού μερισματούχου). Αυτό ίσως να καθιστά κάπως λιγότερο ελκυστικούς τους αλλοδαπούς ΟΣΕΚΑ με συμμετοχές σε πορτογαλικές επιχειρήσεις.

<sup>57</sup> Προτάσεις του γενικού εισαγγελέα G. Hogan στην υπόθεση *Autoridade Tributária e Aduaneira (Φόρος υπεραξίας ακινήτου)* (C-388/19, EU:C:2020:940, σημείο 73).

<sup>58</sup> Πρβλ. αποφάσεις της 18ης Μαρτίου 2010, *Gielen* (C-440/08, EU:C:2010:148, σκέψεις 49 έως 54, με πολύ αξιοπερίεργο σκεπτικό), και της 8ης Ιουνίου 2016, *Hünnebeck* (C-479/14, EU:C:2016:412, σκέψη 42). Βλ., όμως, και απόφαση της 12ης Ιουνίου 2018, *Bevola και Jens W. Trock* (C-650/16, EU:C:2018:424, σκέψεις 25 επ.), όπου το Δικαστήριο εξετάζει συνοπτικώς το ενδεχόμενο αν μια δυνατότητα επιλογής θα μπορούσε να θέσει υπό αμφισβήτηση την ύπαρξη άνισης μεταχείρισης.



109. Ωστόσο, το πρόβλημα της διπλής φορολόγησης θα πρέπει να επιλύεται με σύμβαση μεταξύ των εκάστοτε κρατών και όχι με βάση τις θεμελιώδεις ελευθερίες εις βάρος της Πορτογαλίας. Εξάλλου, το εν λόγω μειονέκτημα μετριάζεται ή ίσως και αντισταθμίζεται πλήρως με τη μη επιβάρυνση με τέλος χαρτοσήμου σε τριμηνιαία βάση.

110. Επιπλέον, ο προσφεύγων φορολογείται ανάλογα με τις οικονομικές δυνατότητές του με βάση τα εισοδήματά του, ενώ, σε αντίθεση με τους εδρεύοντες στην ημεδαπή ΟΣΕΚΑ, δεν φορολογείται το σύνολο των κεφαλαίων του. Ωσαύτως, η φορολόγηση στην Πορτογαλία συνδέεται με το γεγονός ότι ο προσφεύγων φορολογείται ελάχιστα ή δεν φορολογείται καθόλου στο κράτος της έδρας. Περαιτέρω, η φορολογική επιβάρυνση έχει ήδη περιορισθεί βάσει της συμβάσεως περί αποφυγής της διπλής φορολογίας μεταξύ Γερμανίας και Πορτογαλίας.

111. Με βάση τα ανωτέρω, οι δικαιολογητικοί λόγοι που συνίστανται στη διασφάλιση της ισόρροπης κατανομής της φορολογικής εξουσίας από τα κράτη μέλη, την αποτελεσματική άσκηση φορολογικών απαιτήσεων και τη διαφύλαξη της συνοχής του πορτογαλικού φορολογικού συστήματος υπερέχουν του συμφέροντος του προσφεύγοντος να απαλλαγεί από τον φόρο εισοδήματος νομικών προσώπων, όπως οι εδρεύοντες στην ημεδαπή ΟΣΕΚΑ, ενώ παράλληλα δεν επιβαρύνεται με τέλος χαρτοσήμου, σε αντίθεση με τους εδρεύοντες στην ημεδαπή ΟΣΕΚΑ.

#### **ε) Συμπέρασμα της εξετάσεως των δικαιολογητικών λόγων**

112. Συμπερασματικά, ο περιορισμός της ελεύθερης κυκλοφορίας των κεφαλαίων που ενδεχομένως διαπιστώνεται ότι απορρέει από τον συνδυασμό των πορτογαλικών κανόνων (υποβολή των εδρευόντων στην αλλοδαπή ΟΣΕΚΑ στον φόρο εισοδήματος νομικών προσώπων εφόσον δεν φορολογούνται στην αλλοδαπή κατ' άρθρο 14, παράγραφος 3, του κώδικα φόρου εισοδήματος νομικών προσώπων, απαλλαγή των εδρευόντων στην ημεδαπή ΟΣΕΚΑ από τον φόρο εισοδήματος νομικών προσώπων κατ' άρθρο 22 της κανονιστικής αποφάσεως περί φορολογικών πλεονεκτημάτων και συγχρόνως φορολόγηση αυτών βάσει του κώδικα τελών χαρτοσήμου) είναι σε κάθε περίπτωση δικαιολογημένος.

## **VI. Πρόταση**

113. Προτείνω, κατά συνέπεια, να δοθεί η ακόλουθη απάντηση στα ερωτήματα του Tribunal Arbitral Tributário (διαιτητικού δικαστηρίου φορολογικών διαφορών, Πορτογαλία):

Δεν αντιβαίνει στο άρθρο 63 ΣΛΕΕ εθνική νομοθεσία η οποία προβλέπει την παρακράτηση φόρου στην πηγή επί των μερισμάτων που διανέμονται από εδρεύουσες ημεδαπές εταιρίες και εισπράττονται από αλλοδαπούς οργανισμούς συλλογικών επενδύσεων οι οποίοι δεν υπόκεινται σε φόρο εισοδήματος νομικών προσώπων στο κράτος μέλος της έδρας. Το ίδιο ισχύει στην περίπτωση που τα εν λόγω μερίσματα, όταν καταβάλλονται σε ημεδαπούς οργανισμούς συλλογικών επενδύσεων, δεν βαρύνονται με φόρο εισοδήματος νομικών προσώπων, αλλά εφαρμόζεται επ' αυτών άλλος τρόπος φορολόγησης, ο οποίος έχει ως σκοπό να διασφαλίσει ότι θα υποβληθούν σε φορολογία εισοδήματος το πρώτον κατά την περαιτέρω διανομή τους στους επενδυτές, ενώ μέχρι τότε φορολογείται το σύνολο του καθαρού ενεργητικού των ημεδαπών οργανισμών συλλογικών επενδύσεων σε τριμηνιαία βάση.