

## OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO

M. POIARES A MADURA

przedstawiona w dniu 31 maja 2006 r.<sup>1</sup>

1. Sprawy dotyczące krajowych systemów obliczania strat i kosztów spółek należących do międzynarodowej grupy kapitałowej stanowią w prawie wspólnotowym źródło nowych i problematycznych zagadnień<sup>2</sup>. Zagadnienia te koncentrują się wokół kwestii zgodności tych systemów z zasadami traktatu, których celem jest ustanowienie i zapewnienie prawidłowego funkcjonowania rynku wewnętrznego. Każda z tych spraw dotyczy specyficznych problemów i musi w związku z tym stanowić przedmiot odrębnej analizy. Jednocześnie ważne jest również ukształtowanie w tym zakresie spójnego i jasnego orzecznictwa.

sionych przez jej spółki zależne. Teraz należy zbadać, z punktu widzenia jego zgodności z zasadami swobody wykonywania działalności gospodarczej i swobodnego przepływu kapitału, ustawodawstwo niemieckie dotyczące podatku dochodowego, które ogranicza możliwość odliczenia przez spółki dominujące będące rezydentami niemieckimi strat wynikających z odpisów aktualizacyjnych od wartości udziałów posiadanych w ich spółkach zależnych mających swe siedziby w innych państwach członkowskich.

2. Trybunał miał niedawno okazję orzekać, w sprawie Marks & Spencer<sup>3</sup>, o zgodności z prawem wspólnotowym brytyjskiego systemu „grupowej ulgi podatkowej”, który pozwala spółce dominującej, pod pewnymi warunkami, na odliczenie od jej dochodu podlegającego opodatkowaniu strat ponie-

**I — Okoliczności prawne i faktyczne**

3. Sprawa ma swe źródło w następujących okolicznościach faktycznych. Na mocy umowy zawartej w dniu 6 marca 1995 r., grupa Kaufhof przeniosła ITS Reisen GmbH (zwaną dalej „ITS”), spółkę należącą do grupy, której przedmiotem działalności była działalność związana z turystyką, na spółkę Rewe Zentralfinanz eG (zwaną dalej „Rewe”). Na podstawie umowy o połączeniu Rewe nabyła majątek ITS i wstąpiła tym samym w ogół jej praw i obowiązków.

1 — Język oryginału: portugalski.

2 — Zobacz podobnie wyroki z dnia 18 września 2003 r. w sprawie C-168/01 Bosal, Rec. str. I-9409; z dnia 23 września 2006 r. w sprawie C-471/04 Keller Holding, Zb.Orz. str. I-2107 oraz, w odniesieniu do strat w dochodach osób fizycznych, wyrok z dnia 21 lutego 2006 r. w sprawie C-152/03 Ritter-Coulais, Zb.Orz. str. I-1711.

3 — Wyrok z dnia 13 grudnia 2005 r. w sprawie C-446/03, Zb.Orz. str. I-10837.

4. Tymczasem w 1989 r. ITS utworzyła w Niderlandach spółkę zależną Kaufhof-Tourism Holdings BV (zwaną dalej „KTH”), w której nabyła wszystkie udziały. W tym samym państwie członkowskim KTH utworzyła spółkę holdingową International Tourism Investment Holding BC (zwaną dalej „ITIH”), w której posiadała 100% udziałów. Ponadto ITIH nabyła udziały w dwóch spółkach mających swą siedzibę w Belgii oraz w jednej spółce z siedzibą w Zjednoczonym Królestwie i w jednej spółce z siedzibą w Hiszpanii.

5. Podatek dochodowy od osób prawnych uregulowany jest w Niemczech ustawą w sprawie podatku dochodowego od osób prawnych (Körperschaftsteuergesetz, zwaną dalej „KStG”), która odsyła do właściwych przepisów ustawy w sprawie podatku dochodowego (Einkommensteuergesetz, zwanej dalej „EStG”). Zgodnie z § 1 KStG w przypadku spółek będących rezydentami w Niemczech, podatkiem objęte są wszystkie ich dochody osiągnięte na całym świecie. Dochód podlegający opodatkowaniu określany jest jako różnica między przychodami a kosztami ich uzyskania osiągniętymi w danym roku podatkowym. W przypadku gdy straty przewyższają dochody mogą one stanowić przedmiot odliczenia lub przeniesienia na następne lata podatkowe, zgodnie z § 10d EStG. Ponadto § 6 EStG pozwala, między innymi, na uwzględnienie jako kosztów działalności podlegających odliczeniu od przychodu podlegającego opodatkowaniu odpisów aktualizacyjnych od zmniejszonej wartości udziałów. Koszty te odpowiadają bowiem szacunkowemu spadkowi ceny nabycia udziałów w spółce wynikającemu z ciągłych strat, jakie spółka ta ponosi.

6. W latach podatkowych 1993 i 1994 ITS dokonała częściowych odpisów aktualizacyjnych od wartości księgowej udziałów w KTH oraz aktualizacji wyceny wierzytelności dotyczących spółek zależnych ITIH mających siedziby w Zjednoczonym Królestwie i w Hiszpanii. Wartość tych operacji wyniosła w 1993 r. 14 342 499 DEM, a w 1994 r.: 32 332 144 DEM, a zatem łączną kwotę wynoszącą ponad 46 milionów DEM.

7. Jednakże Finanzamt Köln-Mitte (urząd podatkowy dla Kolonii-Śródmieścia) odmówił uwzględnienia tych kosztów jako kosztów uzyskania przychodu przy obliczaniu dochodu Rewe podlegającego opodatkowaniu w dwóch spornych latach, stwierdziwszy, iż sprzeciwiają się temu § 2a ust. 1 i 2 EStG.

8. Przepis ten, zatytułowany „Koszty uzyskania przychodu związane z zagranicą”, stanowi w istocie, co następuje:

„1) Koszty uzyskania przychodów

[...]

2. pochodzące z przedsiębiorstwa przemysłowego lub handlowego usytuowanego w innym państwie,
  3. a) wynikające z uwzględnienia zmniejszenia wartości początkowej udziału wchodzącego w skład przedsiębiorstwa osoby prawnej niemającej zarządu ani siedziby na terytorium kraju (zagraniczna osoba prawna) [...]
- bywanie bogactw naturalnych oraz świadczenie usług o charakterze komercyjnym w zakresie, w jakim nie polegają one na tworzeniu lub korzystaniu z urządzeń turystycznych, lub wynajmie składników majątku, w tym udostępnianie praw, planów, wzorów, procedur, know-how i wiedzy; bezpośrednie posiadanie udziałów stanowiących co najmniej jedną czwartą kapitału zakładowego spółki kapitałowej, której wyłącznym lub prawie wyłącznym przedmiotem działalności jest opisana powyżej działalność, jak również finansowanie związane z posiadaniem takich udziałów jest uważane za świadczenie usług o charakterze komercyjnym, jeżeli owa spółka kapitałowa nie ma ani zarządu, ani siedziby na terytorium kraju [...]”.

mogą być odliczone jedynie od mających taki sam charakter przychodów pochodzących z tego samego państwa [...]; nie mogą one również zostać odliczone na podstawie § 10d. Koszty uzyskania przychodu są traktowane jako zmniejszenie zysku. W zakresie, w jakim takie koszty uzyskania przychodu nie mogą zostać uwzględnione na podstawie zdania pierwszego, podlegają one odliczeniu od mających taki sam charakter przychodów osiągniętych przez podatnika w kolejnych latach podatkowych w tym samym państwie [...].

9. Bezsporne jest, że podczas dwóch lat, których dotyczy spór, ITS nie osiągała przychodów pochodzących z działalności swojej niderlandzkiej spółki zależnej. Ponadto przesłanki odstępstwa ustanowionego w § 2a ust. 2 EStG nie były spełnione: KTH nie wykonywała jednego z rodzajów działalności uprzywilejowanej, określanych jako „działalność czynna”, o której mowa w § 2a ust. 2 zdanie pierwsze, i nie posiadała bezpośrednio udziałów w spółce kapitałowej, której przedmiotem działalności byłby jeden z rodzajów działalności uprzywilejowanej.

2) Ustęp 1 zdanie pierwsze pkt 2 nie ma zastosowania, jeżeli podatnik wykaze, że koszty uzyskania przychodu pochodzą z przedsiębiorstwa przemysłowego lub handlowego położonego za granicą, którego wyłącznym lub prawie wyłącznym przedmiotem działalności jest wytwarzanie lub dostawa towarów, z wyjątkiem broni, wydo-

10. Na podstawie tych ustaleń Finanzamt Köln-Mitte wydał decyzje określające wyso-

kość podatku dochodowego od osób prawnych należnego od Rewe. Spółka ta skierowała odwołanie do organów podatkowych. Ponieważ odwołanie to nie zostało uwzględnione, wystąpiła ona ze skargą do Finanzgericht Köln, domagając się uwzględnienia całości kosztów działalności związanych z posiadaniem przez nią udziałów w spółkach mających swe siedziby w Niderlandach, Wielkiej Brytanii i Hiszpanii. Na poparcie swej skargi Rewe podniosła, że § 2a EStG stanowi dyskryminację sprzeczną z prawem wspólnotowym.

11. Tego samego zdania jest również sąd krajowy. Podnosi on, iż z mających zastosowanie przepisów wynika, że podczas gdy odpisy aktualizacyjne od wartości udziałów w spółce niemieckiej mogłyby być co do zasady bez ograniczeń uwzględnione dla celów podatkowych przy ustalaniu podlegającego opodatkowaniu dochodu spółki posiadającej te udziały, to odpisy aktualizacyjne od wartości udziałów w spółce mającej swą siedzibę w innym państwie członkowskim mogą być uwzględnione jedynie w ograniczonych przypadkach, tj. wtedy, gdy wydatki te są odliczane od przychodów pochodzących z tego państwa członkowskiego lub w przypadku spełnienia przesłanek ustanowionych przez wyjątek ustanowiony w § 2a ust. 2 EStG. W związku z powyższym sądowi krajowemu wydaje się jasne, że tego rodzaju ograniczenie możliwości odliczenia strat związanych z inwestycjami zagranicznymi stanowi przeszkodę dla swobody wykonywania działalności gospodarczej i swobodnego przepływu kapitału, które chronione są na gruncie prawa wspólnotowego.

12. Wiedziony tym przekonaniem, sąd postanowił zawiesić postępowanie i postawić

Trybunałowi następujące pytanie prejudycjalne:

„Czy art. [43 WE] w związku z art. [48 WE] i [56 WE i nast.] powinny być interpretowane w ten sposób, że sprzeciwiają się one przepisom, które — tak jak sporny w postępowaniu przed sądem krajowym przepis § 2a ust. 1 pkt 3a oraz § 2a ust. 2 EStG — ograniczają bezpośrednie odliczenie od podatku strat wynikających z odpisów aktualizacyjnych od wartości udziałów w spółkach zależnych mających siedzibę w innych państwach Wspólnoty jedynie wtedy, gdy owe spółki zależne wykonują działalność bierną w rozumieniu prawa krajowego lub wtedy, gdy wykonują działalność czynną w rozumieniu prawa krajowego jedynie za pośrednictwem należących do nich spółek zależnych, podczas gdy dokonanie odpisów aktualizacyjnych od wartości udziałów w spółkach mających siedzibę w tym kraju jest możliwe bez takich ograniczeń?”.

## II — Analiza

### A — *W przedmiocie ograniczenia swobody wykonywania działalności gospodarczej*

13. Swoboda wykonywania działalności gospodarczej, ustanowiona art. 43 WE, przynajmniej podmiotom z państw Wspólnoty

prawo do podejmowania i wykonywania działalności prowadzonej na własny rachunek, jak również zakładania i zarządzania przedsiębiorstwami na warunkach określonych przez ustawodawstwo państwa przyjmującego dla własnych podmiotów. Zgodnie z art. 48 WE obejmuje ona, w odniesieniu do spółek utworzonych zgodnie z ustawodawstwem państwa członkowskiego i mających statutową siedzibę, zarząd lub główny zakład na terytorium Wspólnoty Europejskiej, prawo wykonywania działalności w danych państwach członkowskich za pośrednictwem spółki zależnej, oddziału lub agencji<sup>4</sup>.

14. Z wyroku w sprawie Baars wynika, iż wykonuje swe prawo do wykonywania działalności gospodarczej podmiot państwa członkowskiego, który posiada udziały w kapitale spółki założonej w innym państwie członkowskim, o ile te udziały dają mu wpływ na decyzje spółki i pozwalają mu na decydowanie o jej działalności<sup>5</sup>. Nie inaczej jest w przypadku, kiedy, tak jak w rozpatrywanej sprawie, spółka taka jak Rewe posiada sto procent udziałów w spółce z siedzibą w innym państwie członkowskim, która z kolei posiada sto procent udziałów innej spółki posiadającej udziały w kapitale różnych spółek z siedzibami w innych państwach członkowskich. Z powyższego wynika, iż stan faktyczny, który przyszło rozpatrzyć sądowi krajowemu i dotyczący strat poniesionych przez Rewe w związku z posiadaniem przez nią udziałów w jej spółce zależnej KTH z siedzibą w Niderlandach i z posiadaniem przez KTH udziałów w zagranicznej spółce pośrednio zależnej, należy zbadać w świetle posta-

nowień traktatu odnoszących się do swobody wykonywania działalności gospodarczej.

15. Tymczasem, nawet jeśli zgodnie z ich brzmieniem, przepisy dotyczące swobody wykonywania działalności gospodarczej mają na celu zapewnienie korzyści w postaci krajowego traktowania w przyjmującym państwie członkowskim, to również sprzeciwiają się one temu, by państwo pochodzenia nakładało ograniczenia na wykonywanie działalności gospodarczej w innym państwie członkowskim przez jednego z jego obywateli lub spółkę utworzoną zgodnie z jego uregulowaniami<sup>6</sup>. Bezsporne jest, że traktat stoi na przeszkodzie wszelkim „ograniczeniom u wyjścia” polegającym na niekorzystnym traktowaniu przez ustawodawstwo jednego państwa członkowskiego spółek będących rezydentami w tym państwie członkowskim, które zamierzają utworzyć spółki zależne w innych państwach członkowskich.

16. Jednym z rodzajów niekorzystnego traktowania zabronionego na mocy traktatu są ograniczenia natury podatkowej. Należy przypomnieć bowiem, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, choć opodatkowanie bezpośrednie podlega kompetencji państw członkowskich, muszą one wykonywać swoje uprawnienia w poszanowaniu prawa wspólnotowego<sup>7</sup>.

4 — Zobacz np. wyrok z dnia 21 września 1999 r. w sprawie C-307/97 Saint-Gobain ZN, Rec. str. I-6161, pkt 35.

5 — Wyrok z dnia 13 kwietnia 2000 r. w sprawie C-251/98, Rec. str. I-2787, pkt 22. Zobacz również wyrok z dnia 21 listopada 2002 r. w sprawie C-436/00 X i Y, Rec. str. I-10829, pkt 37.

6 — Wyrok z dnia 16 lipca 1998 r. w sprawie C-264/96 ICI, Rec. str. I-4695, pkt 21.

7 — Zobacz ww. wyrok w sprawie Marks & Spencer, pkt 29, powtarzający ustalenia wyroku z dnia 8 marca 2001 r. w sprawach C-397/98 i C-410/98 Metelgesellschaft i in., Rec. str. I-1727, pkt 37.

17. Zgodnie z uregulowaniem zakwestionowanym w postępowaniu przed sądem krajowym straty związane z odpisami aktualizacyjnymi od wartości udziałów w spółce zależnej z siedzibą w Niemczech są bez żadnych ograniczeń uwzględniane przy ustalaniu podlegającego opodatkowaniu dochodu spółek dominujących objętych podatkiem. Z kolei straty tego samego rodzaju wynikające z udziałów w spółkach zależnych mających siedzibę w innym państwie członkowskim podlegają odliczeniu przez spółkę podlegającą opodatkowaniu w Niemczech jedynie po spełnieniu pewnych warunków dotyczących przychodów lub działalności spółki.

18. Z powyższego wynika, iż sytuacja podatkowa spółki, która podobnie jak Rewe posiada spółkę zależną w Niderlandach, jest mniej korzystna, niż gdyby jej spółka zależna miała siedzibę w Niemczech. To prawda, że straty wynikające z posiadania udziałów w zagranicznej spółce zależnej mogłyby być uwzględnione w przypadku, gdy spółki takie zaczęłyby później osiągać dochody. Niemniej nawet w tym przypadku spółka dominująca pozbawiona jest możliwości bezpośredniego uwzględnienia swoich strat. Z możliwości takiej mogą jednak skorzystać spółki posiadające spółki zależne w kraju, co stanowi dla nich zatem korzyść w zakresie płynności<sup>8</sup>. Pozbawienie spółek posiadających spółki zależne za granicą takiej korzyści może zniechęcać do zakładania spółek zależnych w innych państwach członkowskich.

19. Biorąc pod uwagę tę różnicę w traktowaniu, spółka dominująca może zostać zniechęcona do wykonywania działalności za

pośrednictwem spółek zależnych lub pośrednio zależnych z siedzibą w innych państwach członkowskich<sup>9</sup>.

20. Rząd niemiecki utrzymuje jednak, że takie odmienne traktowanie nie stanowi niedozwolonej na gruncie traktatu dyskryminacji, ponieważ sytuacja spółki zależnej z siedzibą w Niemczech nie jest porównywalna z sytuacją spółki zależnej z siedzibą w innym państwie członkowskim. Przywołuje również stanowisko Trybunału, zgodnie z którym spółki zależne są niezależnymi osobami prawnymi podlegającymi odrębnemu opodatkowaniu na terytorium, na którym mają swoją siedzibę. W konsekwencji straty odpowiadające odpisom aktualizacyjnym i wierzytelnościom mogą zostać uwzględnione w ramach zadeklarowanego dochodu tych spółek zależnych w państwie członkowskim, w którym mają one swą siedzibę.

21. Nie można przychylić się do tej argumentacji. Odmienne traktowanie podatkowe w niniejszej sprawie nie dotyczy spółek zależnych, lecz spółek dominujących mających siedzibę w Niemczech, w zależności od tego, czy posiadają one spółki zależne w innych państwach członkowskich. W tej kwestii wystarczy zauważyć, po pierwsze, że stratami, których dotyczy spór, są straty spółek dominujących, a po drugie, że spółki dominujące nie podlegają opodatkowaniu w zakresie dochodów spółek zależnych bez względu na to, czy pochodzą one od spółek zależnych podlegających podatki w Niem-

8 — Zobacz podobnie ww. wyrok w sprawie Marks & Spencer, pkt 32.

9 — Zobacz podobnie ww. wyrok w sprawie Bosal, pkt 27.

czech, czy też w innych państwach członkowskich<sup>10</sup>. Odmienne traktowanie spółek dominujących nie zależy zatem od tego, czy ich spółki zależne podlegają odrębnemu opodatkowaniu.

22. Z powyższej analizy wynika, że ograniczenie możliwości odliczenia strat wynikających z odpisów aktualizacyjnych od wartości udziałów w kapitale spółek zależnych mających siedziby w innych państwach członkowskich, zgodnie z § 2a ust. 1 pkt 3a i ust. 2 EStG stanowi, jak słusznie zauważył sąd krajowy, ograniczenie swobody wykonywania działalności gospodarczej.

23. Ograniczenie takie byłoby dopuszczalne tylko wtedy, gdyby służyło realizacji słusznego celu zgodnego z traktatem i jeżeli uzasadniałyby je nadrzędne wymogi interesu ogólnego. Ponadto powinno być ono właściwe dla realizacji zamierzonego celu i nie wykraczać poza to, co niezbędne dla jego osiągnięcia<sup>11</sup>.

*B — W przedmiocie uzasadnienia rozpatrzonego uregulowania*

24. Na poparcie spornego przepisu rząd niemiecki wysuwa liczne argumenty prawne, za którymi kryją się względy polityczne (troska

o wyważony rozdział kompetencji podatkowej), etyczne (ryzyko niezgodnego z prawem podwójnego odliczenia strat i unikania opodatkowania), administracyjne (gwarancja skuteczności kontroli), systemowe (konieczność zachowania jednolitości systemu podatkowego) i ekonomiczne (ryzyko strat budżetowych). Uważa on, że argumenty te znajdują poparcie w ww. wyroku w sprawie Marks & Spencer. Analizę powyższych argumentów należy zatem rozpocząć od przypomnienia tego wyroku.

1. Wyważony rozdział kompetencji podatkowej między państwami członkowskimi

25. W wyroku w sprawie Marks & Spencer Trybunał po raz pierwszy uznał, iż przy przeprowadzaniu oceny zgodności ustawodawstwa podatkowego z podstawowymi swobodami należy wziąć pod uwagę zasadę wyważonego rozdziału kompetencji podatkowej między państwami członkowskimi<sup>12</sup>. Trybunał jednocześnie precyzyjnie określił warunki zastosowania tej zasady.

26. Z jednej strony podobny wymóg może stanowić jedynie uzasadnienie dla przepi-

<sup>10</sup> — Zobacz podobnie ww. wyrok w sprawie Bosal, pkt 39.

<sup>11</sup> — Zobacz podobnie wyrok z dnia 11 marca 2004 r. w sprawie C-9/02 De Lasteyrie du Saillant, Rec. str. I-2409, pkt 49.

<sup>12</sup> — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Marks & Spencer, pkt 46.

sów o charakterze ograniczenia. Nie można natomiast powoływać się na niego, jak czyni to rząd niemiecki w rozpatrywanej sprawie, na etapie ustalania, czy istnieje ograniczenie swobody wykonywania działalności gospodarczej. Z drugiej strony uzasadnienie to ma w ramach wspólnotowych takie znaczenie, że zasługuje ono na pieczołowite dookreślenie.

27. W tym zakresie rząd niemiecki zdaje się przyjmować, że wymóg ten pozwala na wyłączenie niektórych form nierównego traktowania z zakresu zastosowania zasad swobodnego przepływu. Opiera on bowiem swoje stanowisko na zasadzie symetrii między prawem do opodatkowania dochodów spółki a obowiązkiem uwzględniania strat poniesionych przez spółkę. Ponieważ z podatkowego punktu widzenia dochody i straty stanowią dwie strony tego samego medalu, niemieckie organy podatkowe nie powinny być zobowiązane do uwzględniania, w ramach opodatkowywania spółki dominującej będącej rezydentem niemieckim, strat związanych z działalnością spółki zależnej z siedzibą w innym państwie członkowskim, skoro nie mają prawa do opodatkowania dochodów tej spółki zależnej. Jedynie rozdział według takiej zasady umożliwia poszanowanie suwerenności podatkowej państw członkowskich oraz zasad międzynarodowego prawa podatkowego.

28. Takie rozumienie zasady wyważonego rozdziału kompetencji podatkowych nie jest dopuszczalne. Definiowana w taki sposób zasada nie różni się bowiem zasadniczo od względów czysto ekonomicznych. Taka wykładnia pozwala państwu członkowskiemu na systematyczne odmawianie przyznania

korzyści podatkowych przedsiębiorstwu na tej podstawie, iż wykonuje ono międzynarodową działalność gospodarczą, której celem nie jest wytworzenie przychodu podatkowego z korzyścią dla tego państwa. W takiej postaci uzasadnienie to zostało zresztą odrzucone przez Trybunał w wyroku w sprawie Marks & Spencer. Trybunał stwierdził, właśnie w odniesieniu do tego elementu uzasadnienia, iż pamiętać należy, że obniżenia przychodów podatkowych nie można uznać za nadrzędny wzgląd interesu ogólnego, na który można się powołać dla uzasadnienia przepisu z gruntu sprzecznego z podstawowymi swobodami<sup>13</sup>.

29. To prawda, że należy wziąć pod uwagę zasadę, zgodnie z którą państwa członkowskie mogą swobodnie określać organizację swojego systemu podatkowego oraz rozdział swoich kompetencji podatkowych<sup>14</sup>. Nie ulega jednak wątpliwości, że podstawowe swobody nakładają na państwa członkowskie pewne ograniczenia w wykonywaniu ich kompetencji w tym zakresie. Ograniczenia te polegają zasadniczo na respektowaniu obowiązku powstrzymania się od niekorzystnego traktowania podatnika wykonującego działalność międzynarodową w porównaniu z podatnikami krajowymi, nawet jeśli pociąga to za sobą obniżenie przychodów podatkowych danego państwa.

13 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Marks & Spencer, pkt 44, zgodnie z utrwalonym orzecnictwem powołanym w szczególności w wyroku z dnia 7 września 2004 r. w sprawie C-319/02 Manninen, Zb.Orz. str. I-7477, pkt 49.

14 — Zobacz np. wyrok z dnia 21 marca 2002 r. w sprawie C-451/99 Cura Anlagen, Rec. str. I-3193, pkt 40.



30. Ten punkt widzenia został potwierdzony przez Trybunał w ww. wyroku w sprawie Bosal. Trybunał orzekł w tej sprawie, że traktat stoi na przeszkodzie przepisowi prawa krajowego, który uzależnia możliwość odliczenia kosztów związanych z posiadaniem przez niderlandzką spółkę dominującą udziałów w kapitale spółki zależnej z siedzibą w innym państwie członkowskim od tego, czy koszty te pośrednio służą uzyskaniu dochodów podlegających opodatkowaniu w Niderlandach. Rozwiązanie takie zostało zakwestionowane na tej podstawie, iż naruszało ono zasadę sprawiedliwego rozdziału kompetencji podatkowej państw członkowskich. Ponieważ koszty poniesione przez niderlandzką spółkę dominującą są *ekonomicznie* związane z dochodami uzyskanymi przez jej spółkę zależną mającą siedzibę w innym państwie członkowskim, wydaje się, że z *prawnego* punktu widzenia byłoby bardziej uzasadnione zakwalifikowanie tych kosztów jako wydatków zagranicznych, które mogą być uwzględniane jedynie w państwie członkowskim, w którym znajduje się źródło tych dochodów<sup>15</sup>. Taka kwalifikacja nie uwzględnia jednak wszystkich elementów kształtujących sytuację pochodzącego z państwa członkowskiego wykonującego działalność w szerszym kontekście rynku wewnętrznego. A sytuacja ta nie powinna być analizowana odmiennie na każdym danym terytorium podatkowym — wręcz przeciwnie, powinna być rozpatrywana globalnie. Z tego punktu widzenia jasne jest, że odmiennie traktowanie na gruncie podatkowym spółek dominujących w zależności od tego, czy posiadają one spółki zależne za granicą, nie może być uzasadnione tym, że dokonują one transferu środków finansowych na określoną część terytorium Unii

Europejskiej, na której dane zainteresowane państwo członkowskie nie może wykonywać kompetencji podatkowej. W braku wspólnych zasad w tej materii odmiennie stanowisko prowadziłoby do całkowitego paraliżu podstawowych swobód zagwarantowanych w traktacie.

31. Ponadto jeżeli rozwiązanie symetryczne, którego broni rząd niemiecki, miałyby być przyjęte w materii podatkowej, nie wiadomo co mogłoby stać na przeszkodzie rozszerzenia go na inne dziedziny objęte zasadami swobodnego przepływu. Skoro można byłoby powoływać się na zasadę rozdziału kompetencji podatkowej, równie dobrze można by szeroko powoływać się na zasadę rozdziału kompetencji reglamentacyjnych. Zgodnie z taką zasadą państwa członkowskie miałyby prawo odmówić uwzględnienia międzynarodowych sytuacji gospodarczych mogących naruszyć ich swobodę reglamentacyjną. I tak np. towarowi wyprodukowanemu zgodnie z wymogami obowiązującymi w jednym państwie członkowskim można byłoby odmówić dostępu do rynku krajowego z tego powodu, iż towar ten nie spełnia określonych prawem warunków obowiązujących na tym rynku. Swobodny przepływ towarów zostałby tym samym zredukowany do czysto formalnej zasady niedyskryminacji, polegającej na takim samym traktowaniu jedynie tych produktów, które pozostają w zakresie regulacji danego państwa członkowskiego. Taki skutek byłby całkowicie sprzeczny z utrwalonym orzecznictwem Trybunału w tej dziedzinie<sup>16</sup>.

32. W związku z powyższym zakres usprawiedliwionego wymogu wyważonego rozdziału kompetencji podatkowej w prawie

15 — Zobacz podobnie opinia rzecznika generalnego Geelhoeda przedstawiona w dniu 23 lutego 2006 r. w sprawie C-374/04 *Test Claimants In Class IV of the ACT Group Litigation*, zawisłej przed Trybunałem, pkt 62 i 63. Zobacz również D. Weber „The Bosal Holding case: Analysis and Critique”, *EC Tax Review*, 2003-4, str. 220; P.J. Wattel „Red Herrings in Direct Tax Cases before the ECJ”, *Legal Issues of Economic Integration*, 2004 nr 2, str. 81–95, w szczególności str. 89 i 90.

16 — Zobacz w tej kwestii wyrok z dnia 20 lutego 1979 r. w sprawie 120/78 *Rewe-Zentral*, Rec. str. 649.

wspólnotowym musi zostać określony inaczej. O ile Trybunał wziął pod uwagę w wyroku Marks & Spencer względy uzasadniające, odwołujące się do tego wymogu, o tyle uczynił to jedynie w odniesieniu do ryzyka nadużyć, które mogą niekiedy wystąpić wskutek złej koordynacji kompetencji podatkowych państw członkowskich. Ze względu na brak harmonizacji ustawodawstw podatkowych można obawiać się, że korzystanie ze swobodnego przepływu doprowadzi do rozwinięcia się prawdziwego „handlu stratami” na skalę wspólnotową. Jak bowiem zauważył Trybunał we wspomnianym wyroku „przyznanie [...] spółkom prawa wyboru w zakresie uwzględniania ich strat w państwie członkowskim położenia ich przedsiębiorstwa lub w innym państwie członkowskim naruszyłoby w znacznym stopniu wyważony rozdział kompetencji między państwami członkowskimi, jako że podstawa opodatkowania została podniesiona w pierwszym państwie, lecz zmniejszona w drugim o kwotę przeniesionych strat”<sup>17</sup>. Podmioty gospodarcze mogłyby wtedy zorganizować transfer strat do spółek mających siedziby w państwach członkowskich o najwyższych stawkach podatkowych, w których wartość podatkowa strat jest największa. Taka sytuacja stanowiłaby naruszenie zasady neutralności wobec krajowych systemów podatkowych, którą związane jest prawo wspólnotowe<sup>18</sup>.

33. Zgodnie z ową zasadą neutralności prawo podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej nie może być wykorzystywane przez podmioty gospodarcze w celu osiągnięcia korzyści, które nie są związane z realizacją zasad swobodnego przepływu.

Tymczasem tak właśnie by było, gdyby przeniesienie działalności w ramach Wspólnoty było spowodowane tylko względami podatkowymi, niezależnymi od chęci rzeczywistego wykonywania działalności i zintegrowania się z gospodarką państwa przyjmującego, a jedynym jego celem byłoby bezprawne uniknięcie skutków zastosowania ustawodawstwa krajowego lub wykorzystanie w sztuczny sposób różnic między tymi ustawodawstwami<sup>19</sup>. Jeśli ryzyko takiego nadużycia istnieje, może być konieczne, jak stwierdza Trybunał w wyroku w sprawie Marks & Spencer, zastosowanie do działalności gospodarczej spółek mających siedzibę w jednym z tych państw wyłączanie jego przepisów podatkowych, zarówno w zakresie dochodów, jak i strat<sup>20</sup>. Takie jest w mojej opinii prawdziwe znaczenie zasady rozdziału kompetencji podatkowej w prawie wspólnotowym.

34. Należy jednak jeszcze wykazać, że ryzyko takie rzeczywiście istnieje. Dlatego też Trybunał stwierdził w tym samym wyroku, że względy uzasadniające odwołujące się do zachowania rozdziału kompetencji podatkowej między państwami członkowskimi nie mogą być rozpatrywane z pominięciem dwóch innych względów odwołujących się, z jednej strony, do ryzyka podwójnego odliczania strat i, z drugiej strony, do ryzyka unikania opodatkowania. Dopiero po wzięciu pod uwagę „łącznie” tych trzech względów uzasadniających<sup>21</sup> Trybunał uznał, że sporne uregulowanie o charakterze ograniczającym jest uzasadnione.

17 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Marks & Spencer, pkt 46.

18 — Zobacz w tym względzie moją opinię przedstawioną w ww. sprawie Marks & Spencer, pkt 67.

19 — Zobacz podobnie opinia rzecznika generalnego P. Légera przedstawiona w dniu 2 maja 2006 r. w sprawie C-196/04 Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas, zawisłej przed Trybunałem.

20 — Zobacz pkt 45 ww. wyroku w sprawie Marks & Spencer.

21 — Punkt 51 ww. wyroku w sprawie Marks & Spencer.

35. Należy zatem zbadać, czy — jak utrzymuje rząd niemiecki — w rozpatrywanym przypadku istnieje ryzyko podwójnego odliczenia strat i unikania opodatkowania.

## 2. Ryzyko podwójnego odliczenia strat

36. Rząd niemiecki podnosi, że podobnie jak w przypadku uregulowania rozpatrywanego w sprawie Marks & Spencer rozpatrywane uregulowanie jest niezbędne, by uniknąć sytuacji, w której dana spółka mogłaby uzyskać wielokrotnie korzyści podatkowe w postaci podwójnego odliczenia strat poniesionych za granicą.

37. W kontekście rozpatrywanej sprawy argument ten jest nietrafny. Straty, których dotyczy niniejsza sprawa, nie są bowiem, w odróżnieniu od tych, których dotyczyła sprawa Marks & Spencer, stratami poniesionymi za granicą przez autonomiczne spółki zależne, odliczonymi później od dochodów spółki dominującej. Chodzi tutaj o straty poniesione przez samą spółkę dominującą z powodu obniżenia wartości udziałów, które posiadała ona w swoich zagranicznych spółkach zależnych. Nie można ich mylić ze stratami poniesionymi przez spółki zależne. Z podatkowego punktu widzenia te dwa rodzaje strat są traktowane odmiennie. Nie można zatem twierdzić, iż możliwość dokonania takiego odliczenia przez spółkę dominującą stwarza ryzyko podwójnego odliczenia *tych samych* strat.

38. Nawet jeśli przyjmie się, zgodnie z twierdzeniem rządu niemieckiego, iż między tymi dwoma rodzajami strat istnieje ekonomiczny związek i że w efekcie odrębne uwzględnienie strat spółek zależnych i strat spółki dominującej należałoby traktować jako „podwójne odliczenie strat”, nie wydaje się, iż w takim wypadku to podwójne odliczenie jest jakoś szczególnie związane z przeniesieniem działalności do innego państwa członkowskiego. W istocie rzekoma „podwójna korzyść” nie jest bowiem zastrzeżona jedynie dla spółek wykonujących działalność międzynarodową. Spółka dominująca posiadająca spółki zależne w Niemczech mogłaby odliczyć od swojego dochodu podlegającego opodatkowaniu odpisy aktualizacyjne od wartości początkowej swych udziałów w tych spółkach zależnych, co nie przeszkodziłoby z kolei tymże spółkom zależnym w odliczeniu ich własnych strat w ramach ustalania wysokości zobowiązania podatkowego w tym samym państwie członkowskim. W konsekwencji podobne podwójne odliczenie strat nie jest w żaden sposób związane z rozdziałem kompetencji podatkowej między państwami członkowskimi i nie może stanowić uzasadnienia dla ograniczenia swobody wykonywania działalności gospodarczej.

## 3. Ryzyko unikania opodatkowania

39. W tej kwestii rząd niemiecki przedstawia zasadniczo dwa argumenty. Po pierwsze utrzymuje, iż spółki niemieckie wykazują skłonność do przenoszenia niektórych

rodzajów działalności gospodarczej poza granicę Niemiec i poza zasięg kontroli niemieckich organów podatkowych. Po drugie przypomina, iż rozpatrywane uregulowanie zainspirowane było właśnie zachowaniem niektórych spółek prowadzących działalność w zakresie turystyki polegającym na przenoszeniu niektórych rodzajów tej działalności, zazwyczaj przynoszących straty, do innych państw członkowskich w jednym tylko celu zmniejszenia ich dochodów podlegających opodatkowaniu. Podobne uregulowanie powinno zatem być traktowane jako konieczne dla zapobieżenia tworzeniu sztucznych konstrukcji.

40. Jeśli chodzi o pierwszy argument, wystarczy przypomnieć, iż przeniesienie działalności do innego państwa członkowskiego nie stanowi samo w sobie unikania opodatkowania. Nie ulega wątpliwości, iż przeniesienie działalności gospodarczej poza terytorium państwa członkowskiego może pociągnąć za sobą utratę przychodów podatkowych tegoż państwa. Jednakże nie można przyjąć, iż jest ona efektem unikania opodatkowania. W takich przypadkach jest ona prostą konsekwencją wykonywania praw stworzonych przez podstawowe swobody zagwarantowane traktatem. Fakt, iż dana spółka posiada udziały w spółkach zależnych mających siedziby w innych państwach członkowskich, nie może stanowić podstawy ogólnego domniemania unikania opodatkowania lub wystąpienia nadużycia ani uzasadnić przepisów podatkowych o charakterze ograniczenia<sup>22</sup>.

41. Po drugie zaś, należy zauważyć, że sama tylko okoliczność, iż w danym sektorze gospodarki, takim jak turystyka, niemieckie organy podatkowe odnotowują znaczne i powtarzające się przypadki strat poniesionych przez zagraniczne spółki zależne należące do spółek będących rezydentami niemieckimi, nie jest wystarczająca dla stwierdzenia istnienia całkowicie sztucznych konstrukcji. Trzeba pamiętać, że nawet jeśli ryzyko unikania opodatkowania istnieje, należy sprawdzić, czy zastosowany środek wykracza poza to, co niezbędne dla osiągnięcia zamierzonego celu.<sup>23</sup> Tymczasem uregulowanie, które, podobnie jak uregulowanie rozpatrywane w niniejszej sprawie, w *sposób ogólny* obejmuje każdy przypadek, w którym siedziba spółek zależnych danej grupy zostaje ustalona, z jakichkolwiek powodów, w innym państwie członkowskim, nie może, nie wykraczając poza to, co niezbędne do osiągnięcia założonego przez nie celu, zostać uznane za uzasadnione ze względu na ryzyko unikania opodatkowania. Takie jest zresztą stanowisko przyjęte w utrwalonym orzecznictwie<sup>24</sup>.

42. Rząd niemiecki nie wykazał zresztą Trybunałowi, w jaki sposób ryzyko takie wiązało się szczególnie z zakładaniem spółek zależnych za granicą bardziej niż z ich zakładaniem w kraju. Podnosząc ten argument, rząd niemiecki pragnął prawdopodobnie podkreślić również ograniczenie w wykonywaniu swoich kompetencji kontrolnych w przypadku transakcji międzynarodowych.

22 — Zobacz podobnie ww. wyrok w sprawie X i Y, pkt 62.

23 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Marks & Spencer, pkt 53.

24 — Zobacz ww. wyrok w sprawie ICI, pkt 26.

#### 4. Skuteczność kontroli podatkowych

43. W istocie zdaniem rządu niemieckiego krajowe organy podatkowe mają bardzo ograniczone możliwości kontrolowania czynności przeprowadzanych za granicą. Zastosowanie zasady terytorialności poprzez wykluczenie kosztów poniesionych za granicą z ustalania podlegającego opodatkowaniu dochodu spółek będących rezydentami pozwoliłoby na ułatwienie kontroli dokonywanej przez organy podatkowe.

44. Taki argument nie może zostać uwzględniony. Prawdą jest, iż Trybunał wielokrotnie już uznał, że skuteczność kontroli może stanowić uzasadnienie dla uregulowania stanowiącego ograniczenie podstawowych swobód<sup>25</sup>. Wynika z tego, iż dane państwo upoważnione jest do stosowania przepisów, które umożliwiają zweryfikowanie w sposób wyraźny i dokładny kwot podatków podlegających odliczeniu w tym państwie członkowskim z tytułu udziałów w kapitale zakładowym zagranicznych spółek zależnych. Niemniej względy takie nie uzasadniają tego, aby państwo to mogło uzależnić takie odliczenie od różnych warunków w zależności od tego, czy udziały dotyczą spółek mających siedzibę w tym państwie członkowskim, czy też w innych państwach członkowskich.

45. W tym zakresie należy przypomnieć, że państwa członkowskie mogą korzystać z instrumentów wzmocnionej współpracy wprowadzonych na mocy dyrektywy Rady 77/799/EWG z dnia 19 grudnia 1977 r. doty-

czącej wzajemnej pomocy właściwych władz państw członkowskich w dziedzinie podatków bezpośrednich<sup>26</sup>. W oparciu o te przepisy właściwe organy jednego państwa członkowskiego mogą zwrócić się do właściwych organów innego państwa członkowskiego w celu uzyskania wszelkich informacji, które mogą mu umożliwić prawidłowe ustalenie podatku dochodowego od osób prawnych.

46. Rząd niemiecki podnosi, iż nawet w przypadku owocnej współpracy z organami innego państwa kontrola operacji zagranicznych pozostaje częstokroć bardzo trudna, a możliwość ujawnienia nieprawidłowych deklaracji okazuje się jeszcze trudniejsza. Podkreślić jednak należy, że dyrektywa 77/799 stwarza możliwość uzyskania niezbędnych informacji podobnych do tych, które istnieją między wewnętrznymi służbami podatkowymi<sup>27</sup>. Dodam jeszcze, że z jednej strony w kontekście tworzenia rynku wewnętrznego kontakty między organami podatkowymi państw członkowskich powinny opierać się na zasadzie wzajemnego zaufania<sup>28</sup>. W tym zakresie nie ma podstaw do podejrzeń, iż krajowe organy podatkowe mogą mieć jakiś interes w tym, aby pozwolić na rozwinięcie się na ich terytorium sytuacji podatkowych sprzecznych w prawem państwa, któremu podlegają. Z drugiej zaś strony nic nie stoi na przeszkodzie temu, aby właściwe organy podatkowe domagały się od samego podatnika dostarczenia informa-

25 — Wyroki z dnia 15 maja 1997 r. w sprawie C-250/95 Futura Participations i Singer, Rec. str. I-2471 i z dnia 28 października 1999 r. w sprawie C-55/98 Vestergaard, Rec. str. I-7641, pkt 23.

26 — Dz.U. L 336, str. 15, w brzmieniu zmienionym przez dyrektywę Rady 2004/56/WE z dnia 21 kwietnia 2004 r. (Dz.U. L 127, str. 70).

27 — Wyrok z dnia 14 lutego 1995 r. w sprawie C-279/93 Schumacker, Rec. str. I-225, pkt 45.

28 — Zobacz analogicznie — w przedmiocie zasady wzajemnego zaufania, której muszą przestrzegać państwa członkowskie w zakresie kontroli przeprowadzanych odpowiednio na swoich terytoriach — wyrok z dnia 23 maja 1996 r. w sprawie C-5/94 Hedely Thomas, Rec. str. I-2553, pkt 19. Zobacz również w kontekście systemów wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych państw członkowskich wyrok z dnia 11 lutego 2003 r. w sprawach połączonych C-187/01 i C-385/01 Gözütok i Brügge, Rec. str. I-1345, pkt 33.

cji, które organy te uznają za konieczne dla oceny, czy można przyznać odliczenie, którego ten się domaga<sup>29</sup>.

47. W każdym razie zaskakujące jest powołanie się w tym zakresie na zasadę terytorialności podatku, podczas gdy ustawodawstwo niemieckie przyjmuje jako ogólną zasadę opodatkowanie wszystkich dochodów globalnych spółek.

#### 5. Zachowanie spójności systemu podatkowego

48. Rząd niemiecki podnosi, że sporne uregulowanie wpisuje się logicznie w ramy prowadzonej przezeń polityki podatkowej. Powstrzymanie się od uwzględnienia zagranicznych kosztów w przypadkach takich, jak rozpatrywany w niniejszej sprawie, pozwoliłoby na utrzymanie na tyle jednolitego opodatkowania, na ile tylko to możliwe. Dwa argumenty wysunięte przez rząd niemiecki mogą posłużyć do tego uzasadnienia, pierwszy z nich odwołuje się do poszanowania zasady terytorialności, drugi do zachowania „systematyki podatkowej”.

49. Zasada terytorialności w prawie podatkowym została przyjęta przez Trybunał w ww. wyroku w sprawie Futura Participations i Singer. Zgodnie z tą zasadą dane państwo członkowskie ma możliwość opodatkowania spółek dominujących będących rezydentami na jego terytorium w odniesieniu do

wszystkich dochodów globalnych, a spółki zależne jedynie w odniesieniu do dochodów pochodzących z działalności wykonywanej na jego terytorium<sup>30</sup>. Jednakże zasada taka nie stanowi uzasadnienia dla odmowy przyznania spółce dominującej będącej rezydentem korzyści podatkowej z tej przyczyny, iż dochody jej spółki zależnej niebędącej rezydentem nie mogą zostać opodatkowane<sup>31</sup>. Zasada ta ma za zadanie wprowadzenie do stosowania prawa wspólnotowego konieczności uwzględniania granic kompetencji podatkowej państw członkowskich. W sprawie Futura Participations i Singer zainteresowane państwo członkowskie nie mogło zostać zmuszone do uwzględnienia zagranicznych strat, ponieważ były one związane z pochodzącymi ze źródeł zagranicznych przychodami podatników niebędących rezydentami. Inaczej rzecz się przedstawia w rozpatrywanej sprawie. Przyznanie korzyści nie będzie skutkowało naruszeniem konkurencyjnej kompetencji podatkowej. Dotyczy ona bowiem spółek dominujących będących rezydentami niemieckimi, które z tego tytułu podlegają w Niemczech nieograniczonemu obowiązkowi podatkowemu. Nic nie uzasadnia zatem odmowy przyznania tej korzyści.

50. „Systematyka podatkowa” odwołuje się do lepiej znanego w orzecznictwie Trybunału pojęcia „spójności systemu podatkowego”<sup>32</sup>. Rząd niemiecki zauważa w tym zakresie, iż na podstawie umów w sprawie unikania podwójnego opodatkowania zawartych z licznymi państwami członkowskimi dywidendy wypłacane przez spółki zależne mające swe siedziby w tych państwach są zwolnione od podatku w Niemczech. W takiej sytuacji w opinii rządu niemieckiego

29 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Vestergaard, pkt 26 i powołane tam orzecznictwo.

30 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Marks & Spencer, pkt 39.

31 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Marks & Spencer, pkt 40.

32 — Zobacz w szczególności ww. wyrok w sprawie Manninen, pkt 42 i 43.

byłoby logiczne i spójne z systemem podatkowym nieprzyznawanie korzyści spółce dominującej będącej rezydentem ze względu na straty związane z jej spółkami zależnymi. Korzyść taka mogłaby być przyznana jedynie w przypadkach, w których w braku umowy dwustronnej ustanawiającej podobne zwolnienie dochody tych spółek zależnych byłyby opodatkowane w Niemczech.

51. Jestem odmiennego zdania. Umowy w sprawie unikania podwójnego opodatkowania nie mogą wyeliminować stwierdzonego w tym przypadku odmiennego traktowania. Zgodnie z ustawodawstwem niemieckim straty takie jak te rozpatrywane w niniejszej sprawie są zawsze uwzględniane, gdy spółka zależna wykonuje tzw. działalność czynną w rozumieniu § 2a ust. 2 EStG. Tymczasem w takim przypadku dywidendy ewentualnie wypłacone przez taką spółkę zależną nadal mogą być zwolnione z podatku na podstawie tych umów. Nie istnieje zatem żaden bezpośredni związek między przyznaniem spornej korzyści spółce matce a zwolnieniem dywidend wypłacanych przez spółki zależne. W konsekwencji spójność zachowana poprzez zastosowanie umowy w sprawie unikania podwójnego opodatkowania nie może być brana pod uwagę przy dokonywaniu oceny zgodności spornego przepisu z prawem wspólnotowym<sup>33</sup>.

## 6. Konsekwencje ekonomiczne

52. Według rządu niemieckiego zakwestionowanie spornego systemu może doprowa-

dzić do znacznej utraty wpływów do budżetu państwa. Rząd ten świadom jest stałości orzecznictwa, zgodnie z którym redukcja przychodów pochodzących z podatków nie może być uznana za nadrzędną przesłankę interesu ogólnego mogącą usprawiedliwić przepis z gruntu sprzeczny z jedną z podstawowych swobód<sup>34</sup>. Sugeruje on jednak Trybunałowi ponowne rozważenie tego orzecznictwa z uwzględnieniem okoliczności, iż przychody podatkowe są zasadniczym źródłem wpływów budżetowych państw członkowskich Wspólnoty.

34 — Zobacz w ogólności wyrok z dnia 7 lutego 1984 r. w sprawie 283/82 Duphar i in., Rec. str. 523, pkt 23 oraz opinię rzecznika generalnego Manciniego w tej sprawie; w dziedzinie podatkowej zob. bardziej szczegółowo wyroki z dnia 6 czerwca 2000 r. w sprawie C-35/98 Verkoijen, Rec. str. I-4071, pkt 48 oraz ww. wyrok w sprawie Manninen, pkt 49. Zdarza się jednak, iż aspekty gospodarcze danego uregulowania są uwzględniane, jeżeli nierozważalnie łączy się z innymi względami uznawanymi za słuszne. Świadczyć o tym może m.in. wyrok w sprawie Campus Oil i in., w którym Trybunał uznał, iż uregulowanie krajowe zobowiązujące wszystkich importerów produktów ropopochodnych do zaopatrywania się w określonym procencie ich potrzeb u rafinerii położonej na terenie kraju było uzasadnione w zakresie, w jakim realizowało ono podstawowy cel zapewnienia bezpieczeństwa dostaw energii, który wykracza poza względy natury czysto ekonomicznej (wyrok z dnia 10 lipca 1984 r. w sprawie 72/83, Rec. str. 2727, pkt 34 i 35). Trybunał jest również zdania, że traktat pozwala państwom członkowskim na ograniczenie swobody świadczenia usług medycznych i szpitalnych w zakresie, w jakim utrzymanie możliwości leczenia lub kwalifikacji medycznych na terytorium krajowym stanowi kwestię fundamentalną dla zdrowia publicznego, a nawet przetrwania populacji (wyrok z dnia 28 kwietnia 1998 r. w sprawie C-158/96 Kohll, Rec. str. I-1931, pkt 51). Takie jest również stanowisko przyjęte w dziedzinie obywatelstwa europejskiego. Trybunał uznaje w tym zakresie, iż korzystanie z prawa pobytu obywateli Unii może zostać uzależnione od pewnych „słusznych interesów” państw członkowskich związanych z zachowaniem systemów opieki społecznej (zob. wyrok z dnia 17 września 2002 r. w sprawie C-413/99 Baumbast i R, Rec. str. I-7091, pkt 87 i 90). Jeżeli jednak okaże się, iż wprowadzający ograniczenie przepis ma na celu przede wszystkim interes budżetu oraz służy redukcji kosztów systemu opieki zdrowotnej, przy czym zagrożenie równowagi finansowej tego systemu nie wchodzi w rachubę, Trybunał nie waha się przed jego wykluczeniem (ww. wyrok w sprawie Duphar, pkt 16 i 23). Z przytoczonego orzecznictwa wynika, że o ile względy natury ekonomicznej lub finansowej mogą być skutecznie powoływane przez państwa członkowskie, jeżeli istnieje poważne ryzyko naruszenia stałości istotnej służby stanowiącej element jego społecznej organizacji, o tyle cel natury czysto ekonomicznej nie może stanowić słusznego powodu uzasadniającego ograniczenie podstawowej swobody ustanowionej w traktacie.

33 — Zobacz w szczególności wyrok z dnia 11 sierpnia 1995 r. w sprawie C-80/94 Wielockx, Rec. str. I-2493, pkt 24 i 25.

53. Tego rodzaju względy mogą zostać uznane za słuszne. Prawdą jest, że zastosowanie zasad wspólnotowych do niektórych systemów podatkowych może niekiedy pociągać za sobą znaczące konsekwencje finansowe. Konsekwencje te mogą nawet naruszyć równowagę finansów państwa.

54. Niemniej jednak zainteresowane państwo członkowskie powinno w każdym przypadku wykazać istnienie takich konsekwencji, a jeżeli zostaną one rzeczywiście wykazane, to należy wziąć je pod uwagę nie na etapie uzasadnienia wprowadzających ograniczenie przepisów, lecz na etapie określania skutków orzeczenia wydanego przez Trybunał. Należy jeszcze pamiętać, że o ograniczeniu skutków wyroku w czasie Trybunał może zdecydować jedynie w wyjątkowych okolicznościach, w których dane państwo może udowodnić ryzyko poważnych konsekwencji gospodarczych i jeżeli miało ono słuszne powody by sądzić, iż jego zachowanie było zgodne z prawem wspólnotowym<sup>35</sup>.

55. Moim zdaniem zaliczenie przez Trybunał tego względu w poczet uzasadnień pozwalających na odstępstwo od podstawowych zasad traktatu byłoby nieostrożne. Jeżeli państwa członkowskie uważają, że względy ekonomiczne powinny być brane pod uwagę w celu uzasadnienia przepisów podatkowych stanowiących przeszkodę w swobodnym przepływie, to wydaje mi się, że do ich wyłącznej kompetencji należy włączenie takiego postulatu do traktatu. Try-

bunał nie powinien podejmować takiej inicjatywy z trzech przedstawionych poniżej powodów.

56. Pierwszy powód ma charakter praktyczny. Jeżeli dopuścić powyższe uzasadnienie gospodarcze, trzeba najpierw określić dziedziny, w których będzie miało ono zastosowanie. Czy zakres jego zastosowania należy ograniczyć do dziedziny podatkowej, czy też rozszerzyć na inne dziedziny ekonomiczne i społeczne? Następnie konieczne będzie określenie parametrów i zmiennych pozwalających na dokonanie oceny finansowych skutków zastosowania zasad wspólnotowych. Tymczasem oczywiste jest, że Trybunał nie posiada środków do przeprowadzenia takiej oceny, w szczególności ze względu na *różnorodność* gospodarczą i podatkową państw członkowskich Wspólnoty. Dlatego też jestem zdania, iż uwzględnienie takiego uzasadnienia w braku jasnych reguł określonych w traktacie stałoby się źródłem trudności, które mogłyby podważyć legitymację Trybunału.

57. Drugi powód dotyczy skutków takiego uzasadnienia. Jeżeli bowiem poważna utrata wpływów do budżetu miałyby być uwzględniana jako uzasadnienie dla wprowadzania ograniczeń w swobodnym przepływie, wyniknęłyby z tego ryzyko faworyzowania poważnych i rozległych naruszeń prawa wspólnotowego. Im dłużej trwałoby naruszenie, tym większe byłyby koszty przywrócenia sytuacji zgodnej z prawem wspólnotowym i tym łatwiej byłoby przeforsować tego rodzaju uzasadnienie.

35 — Wyrok z dnia 20 września 2001 r. w sprawie C-184/99 Grzelczyk, Rec. str. I-6193, pkt 53.



58. Wreszcie o ile od czasu utworzenia Wspólnoty bezsporne jest, że wprowadzenie rynku wewnętrznego, wiążące się ze zniesieniem wszelkiego rodzaju przeszkód w handlu, może pociągać za sobą zlikwidowanie pewnych źródeł dochodów państw członkowskich, o tyle prawdą jest również, iż państwa te czerpią też korzyści z rozwoju działalności gospodarczej w ramach poszerzonego rynku wewnętrznego.

59. Rząd niemiecki podnosi jako uzasadnienie jeszcze jedną okoliczność. W jego opinii uwzględnienie konsekwencji gospodarczych jest dziś szczególnie ważne, ponieważ państwa członkowskie zobowiązane są na mocy paktu stabilności i rozwoju do utrzymania bardzo surowej dyscypliny budżetowej<sup>36</sup>. Ten argument pozostaje jednak w sprzeczności zarówno z literą traktatu, jak i z duchem, w którym pakt został sporządzony. Przypomnę najpierw, że zgodnie z art. 4 WE ścisła koordynacja polityk gospodarczych musi być prowadzona w poszanowaniu zasady otwartej gospodarki rynkowej z wolną konkurencją. Ponadto interpretacja, zgodnie z którą zastosowanie paktu stabilności i rozwoju miałyby prowadzić do wznoszenia barier dla tworzenia rynku wewnętrznego, jest sprzeczna z samą ideą paktu, którego wyraźnym celem jest zmierzanie do prawidłowego funkcyjono-

wania Unii Gospodarczej i Walutowej i tym samym wprowadzenie rynku wewnętrznego.

60. Z powyższej analizy wynika, iż należy odrzucić ogół argumentów powołanych przez rząd niemiecki w celu uzasadnienia przepisów o charakterze ograniczeń stanowiących przedmiot sporu. Należy stwierdzić, że przyjmując sporne uregulowanie, ustawodawca niemiecki zmierzał przede wszystkim do promowania gospodarki krajowej poprzez zniechęcanie do inwestowania w spółki posiadające swoje siedziby w innych państwach członkowskich. Tak jak to opisano w postanowieniu odsyłającym, wyjątek od zakazu odliczania dla tego rodzaju inwestycji miał obejmować jedynie te rodzaje działalności, które mają znaczenie dla gospodarki narodowej. Geneza tego przepisu wskazuje zatem, iż ustawodawca niemiecki świadomie postanowił, że względów czysto ekonomicznych, traktować w mniej korzystny sposób sytuacje międzynarodowe, naruszając tym samym podstawowe wymogi rynku wewnętrznego<sup>37</sup>.

*C — W przedmiocie wykładni postanowień dotyczących swobodnego przepływu kapitału*

36 — Pakt stabilności i wzrostu powstał w oparciu o uchwałę Rady Europejskiej z dnia 17 czerwca 1997 r. (Dz.U. C 236, str. 1), rozporządzenie Rady (WE) nr 1466/97 z dnia 7 lipca 1997 r. w sprawie wzmocnienia nadzoru pozycji budżetowych oraz nadzoru i koordynacji polityk gospodarczych (Dz.U. L 209, str. 1) oraz rozporządzenie Rady (WE) nr 1467/97 z dnia 7 lipca 1997 r. w sprawie przyspieszenia i wyjaśnienia procedury nadmiernego deficytu (Dz.U. L 209, str. 6). Rozporządzenia te zostały niedawno zmienione, odpowiednio, rozporządzeniem Rady (WE) nr 1055/2005 oraz rozporządzeniem Rady nr 1056/2005 z dnia 27 czerwca 2005 r. (Dz.U. L 174, str. 1 i 5).

61. Ponieważ postanowienia traktatu dotyczące swobody wykonywania działalności

37 — Zobacz podobnie ww. wyrok w sprawie Verkooyen, pkt 47 i 48 oraz wyrok z dnia 5 czerwca 1997 r. w sprawie C-398/95 SETTG, Rec. str. I-3091, pkt 22 i 23.

gospodarczej sprzeciwiają się zastosowaniu takiego uregulowania, jak to rozpatrywane w niniejszej sprawie, nie ma konieczności badania, czy przepisy wspólnotowe dotyczące swobodnego przepływu kapitału również stoją mu na przeszkodzie.

62. Jednakże niektóre sytuacje, do których ma zastosowanie sporny przepis tego uregulowania, nie są objęte zakresem zastosowania zasad dotyczących swobody wykonywania działalności gospodarczej. Jest tak na przykład w przypadku spółki, która mimo iż posiada udziały w spółce z siedzibą w innym państwie członkowskim, nie sprawuje nad nią kontroli ani nie wywiera na nią wpływu<sup>38</sup>. W takiej sytuacji może być przydatne zbadanie, czy art. 56 ust. 1 WE zabraniający ograniczeń w swobodnym przepływie kapitału między państwami członkowskimi mógłby ewentualnie znaleźć zastosowanie.

63. Traktat nie definiuje pojęcia „przepływów kapitału”. Niemniej zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, iż w zakresie, w jakim art. 56 WE powtarza w istocie treść art. 1 dyrektywy Rady 88/361/EWG z dnia 24 czerwca 1988 r. w sprawie wykonania artykułu 67 traktatu<sup>39</sup>, nomenklatura „przepływów kapitałów” do niej załączona zachowuje walor wskazówki przy definiowaniu

tego pojęcia, jaki posiadała przed jego wejściem w życie<sup>40</sup>.

64. Udział w nowym lub istniejącym już przedsiębiorstwie mający na celu ustanowienie lub utrzymanie trwałych powiązań gospodarczych widnieje w tytule I pkt 2 tej nomenklatury. Wynika z tego, iż objęcie udziałów będących źródłem odpisów aktualizacyjnych, których dotyczy uregulowanie zakwestionowane w niniejszej sprawie, stanowi przepływ kapitału podlegający postanowieniom traktatu o swobodnym przepływie.

65. Istnieją zatem powody do zbadania, czy takie uregulowanie, jak to będące przedmiotem postępowania przed sądem krajowym, stanowi ograniczenie swobodnego przepływu kapitału.

66. W tej kwestii z orzecznictwa nie wynika, iż podobne uregulowanie należy oceniać według innych kryteriów niż te, które mają zastosowanie w dziedzinie swobody wykonywania działalności gospodarczej. Wyraźnym skutkiem niemieckiego uregulowania podatkowego jest zniechęcanie spółek niemieckich do inwestowania ich kapitału w niektórych spółkach mających siedzibę w innych państwach członkowskich<sup>41</sup>. Takie uregulowanie

38 — Zobacz pkt 14 niniejszej opinii.

39 — Dz.U. L 178, str. 5. Artykuł 67 traktatu został uchylony traktatem z Amsterdamu.

40 — Zobacz w szczególności wyrok z dnia 16 marca 1999 r. w sprawie C-222/97 Tummer i Mayer, Rec. str. I-1661, pkt 21.

41 — Zobacz analogicznie ww. wyroki w sprawach Verkooyen, pkt 34 i Manninen, pkt 22.

pociąga za sobą również skutek niekorzystny dla spółek mających siedziby w innych państwach członkowskich w tym sensie, że stanowi z ich punktu widzenia przeszkodę w pozyskiwaniu kapitału w Niemczech, bowiem straty po stronie inwestorów niemieckich, których źródłem mogą być te spółki, nie dają prawa do takich samych korzyści, co w przypadku inwestycji dokonanych w Niemczech.

67. Z powyższego wynika, iż uregulowanie to stanowi, co do zasady, przeszkodę dla swobodnego przepływu kapitału. Ponieważ uzasadnienia, na które państwo członkowskie mogłoby się powoływać w celu obrony swego uregulowania, są co do istoty takie, jak te powołane w kontekście wykładni zasad dotyczących swobody wykonywania działalności gospodarczej, nie można ich uwzględnić.

### III — Wnioski

68. W związku z powyższym proponuję, aby Trybunał orzekł, iż art. 43 WE, 48 WE i 56 WE należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwiają się one uregulowaniu państwa członkowskiego, które wyklucza w niektórych przypadkach możliwość odliczenia strat poniesionych przez spółkę dominującą w związku z odpisami aktualizacyjnymi dokonanyymi od wartości udziałów w spółkach zależnych z siedzibą w innych państwach członkowskich, podczas gdy możliwość taka istnieje bez żadnych ograniczeń w odniesieniu do odpisów aktualizacyjnych dokonanych od wartości udziałów w spółkach zależnych z siedzibą w państwie członkowskim spółki dominującej.