



## Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO  
JULIANE KOKOTT  
przedstawiona w dniu 1 marca 2018 r.<sup>1</sup>

### Sprawa C-118/16

**X Denmark A/S**  
**przeciwko**  
**Skatteministeriet**

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Østre Landsret (sąd apelacyjny regionu wschodniego, Dania)]

Odesłanie prejudycjalne – Dyrektywa Rady 2003/49/WE w sprawie wspólnego systemu opodatkowania stosowanego do odsetek oraz należności licencyjnych między powiązаныmi spółkami różnych państw członkowskich (zwana dyrektywą w sprawie odsetek i należności licencyjnych) – Pojęcie „właściciela [odsetek]” – Transakcje przeprowadzane we własnym imieniu na cudzy rachunek – Wpływ komentarzy do modelowej konwencji OECD na wykładnię dyrektywy Unii – Nadużycie swobody kształtowania [stosunków między podatnikami] – Kryteria istnienia nadużycia polegającego na unikaniu opodatkowania u źródła – Nadużycie polegające na wykorzystaniu deficytów systemu wymiany informacji pomiędzy państwami członkowskimi – Zastosowanie dyrektywy 2003/49/WE do płatności dla luksemburskiej spółki SCA, SICAR – Bezpośrednie stosowanie nieprzetransponowanego przepisu dyrektywy – Zgodna z prawem Unii wykładnia krajowych zasad prawa dotyczących zapobiegania nadużyciom

### I. Wprowadzenie

1. W tej sprawie – jak w trzech innych toczących się równolegle postępowaniach<sup>2</sup> – zwrócono się do Trybunału o rozstrzygnięcie, w jakich okolicznościach cywilnoprawny właściciel odsetek może zostać uznany za właściciela [odsetek] w rozumieniu dyrektywy w sprawie odsetek i należności licencyjnych<sup>3</sup>. Należy przy tym wyjaśnić, czy przy dokonywaniu wykładni prawa Unii należy także uwzględnić komentarze Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD) do jej konwencji modelowej, zwłaszcza jeśli zostały one zmienione już po ogłoszeniu dyrektywy. Ponadto powstaje pytanie dotyczące definicji i możliwości bezpośredniego stosowania zakazu nadużyć uregulowanego w prawie Unii. Poza tym należy wyjaśnić, w jaki sposób należy stosować dyrektywę w sprawie odsetek i należności licencyjnych do luksemburskiego podmiotu o szczególnej formie prawnej (SCA), gdy jest on w Luksemburgu traktowany w sposób szczególnie uprzywilejowany z podatkowego punktu widzenia, jako tzw. spółka inwestycyjna o kapitale podwyższonego ryzyka (société d'investissement en capital à risque, SICAR).

1 Język oryginału: niemiecki.

2 Dokładnie chodzi tu o sprawy C-115/16, C-119/16 (obie powiązane ze sprawą C-118/16) oraz C-299/16.

3 Dyrektywa Rady 2003/49/WE z dnia 3 czerwca 2003 r. w sprawie wspólnego systemu opodatkowania stosowanego do odsetek oraz należności licencyjnych między powiązаныmi spółkami różnych państw członkowskich (Dz.U. 2003, L 157, s. 49 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 9, t. 1, s. 380).

2. Zagadnienia te powstały na gruncie nabycia przedsiębiorstwa, przy którego okazji inwestorzy za pośrednictwem funduszy kapitałowych, mających siedzibę w państwie trzecim, udzielili pożyczki spółce luksemburskiej, która nabyła grupę duńskich spółek operacyjnych za „pośrednictwem” dwóch spółek szwedzkich. Spółka dominująca duńskiej grupy spółek płaci odsetki z tytułu pożyczki spółce szwedzkiej, która przekazuje udział innej spółce szwedzkiej z grupy, aby ta z kolei mogła zapłacić odsetki na rzecz spółki luksemburskiej. Zysk luksemburskiej spółki jest natomiast wypłacany do funduszy kapitałowych mających najprawdopodobniej siedzibę w państwach trzecich, w których z kolei najwidoczniej udziały mają inwestorzy zarówno z Unii Europejskiej, jak i spoza niej. W efekcie w ten sposób unika się opodatkowania odsetek podatkiem u źródła w Danii.

3. Wszystkie powyższe pytania dotyczą ostatecznie mającego zasadnicze znaczenie konfliktu, jaki istnieje w prawie podatkowym pomiędzy cywilnoprawną swobodą kształtowania [stosunków] pomiędzy podatnikami i zapobieganiem tworzeniu struktur, które są dopuszczalne pod względem cywilnoprawnym, lecz mimo to stanowią w określonych okolicznościach nadużycie prawa. Mimo że problematyka ta istnieje już od zarania współczesnego prawa podatkowego, rozgraniczenie dopuszczalnego i niedopuszczalnego minimalizowania podatków nadal jest trudne.

4. Ze względu na wzbudzenie politycznej atmosfery przeciwnej praktykom podatkowym stosowanym przez pewne międzynarodowe koncerny rozgraniczenie to nie jest łatwym zadaniem dla Trybunału, gdyż nie każde zachowanie jednostki mające na celu obniżenie podatków może zostać uznane za nadużycie.

## II. Ramy prawne

### A. Prawo Unii

5. Ramy prawa Unii w niniejszej sprawie wyznacza dyrektywa 2003/49 oraz art. 43, 48 i 56 WE (obecnie art. 49, 54 i 63 TFUE).

6. Motywy 1–6 dyrektywy 2003/49 brzmią następująco:

- „(1) W ramach jednolitego rynku mającego cechy rynku krajowego transakcje między spółkami różnych państw członkowskich nie powinny podlegać bardziej niekorzystnym warunkom podatkowym niż warunki stosowane do tych samych transakcji przeprowadzanych między spółkami tego samego państwa członkowskiego.
- (2) Wymaganie to nie jest obecnie spełnione w odniesieniu do odsetek oraz należności licencyjnych; krajowe ustawodawstwa podatkowe związane, tam gdzie jest to stosowne, z umowami dwustronnymi i wielostronnymi nie zawsze mogą zapewnić, aby podwójne opodatkowanie było zniesione oraz ich zastosowanie często powoduje w odniesieniu do zainteresowanych spółek uciążliwe formalności administracyjne oraz problemy w zakresie przepływu środków pieniężnych.
- (3) Niezbędne jest zapewnienie, aby odsetki oraz należności licencyjne były opodatkowane w państwie członkowskim tylko raz.
- (4) Zniesienie opodatkowania odsetek oraz należności licencyjnych w państwie członkowskim, w którym powstają, pobieranego przez potrącenie u źródła lub poprzez jego naliczenie, jest najbardziej właściwym środkiem zniesienia wymienionych formalności i problemów oraz zapewnienia równości traktowania w zakresie opodatkowania między transakcjami krajowymi a transgranicznymi; zniesienie takich podatków jest szczególnie niezbędne w zakresie takich płatności dokonywanych między spółkami powiązаныmi różnych państw członkowskich, jak również między stałymi zakładami takich spółek.

- (5) Zasady te powinny stosować się tylko do kwoty, jeżeli istnieją, odsetek lub należności licencyjnych, która mogłaby być uzgodniona przez płatnika i właściciela tych płatności w przypadku braku szczególnych powiązań.
- (6) Ponadto niezbędne jest, aby nie stawiać przeszkód dla państw członkowskich w przyjmowaniu właściwych środków mających na celu zwalczanie nadużyć finansowych”.

7. Artykuł 1 ust. 1 dyrektywy 2003/49 stanowi, co następuje:

„Odsetki lub należności licencyjne powstające w państwie członkowskim są zwolnione z wszelkich podatków nałożonych na te płatności w tym państwie przez potrącenie u źródła lub przez naliczenie, pod warunkiem że właściciel odsetek lub należności licencyjnych jest spółką innego państwa członkowskiego lub stałym zakładem spółki państwa członkowskiego znajdującym się w innym państwie członkowskim”.

8. Artykuł 1 ust. 4 dyrektywy 2003/49 stanowi ponadto:

„Spółkę państwa członkowskiego uznaje się za właściciela odsetek lub należności licencyjnych tylko wtedy, gdy otrzymuje ona te płatności dla własnej korzyści i nie jako pośrednik, taki jak przedstawiciel, powiernik lub upoważniony sygnatariusz, na rzecz innych osób”.

9. Artykuł 1 ust. 7 dyrektywy 2003/49 brzmi:

„Niniejszy artykuł stosuje się tylko, jeżeli spółka, która jest płatnikiem, lub spółka, której zakład stały jest uznany za płatnika odsetek lub należności licencyjnych, jest spółką powiązaną ze spółką, która jest właścicielem tych płatności lub której zakład stały jest uznawany za właściciela tych odsetek lub należności licencyjnych”.

10. Artykuł 5 dyrektywy 2003/49, zatytułowany „Nadużycia finansowe”, zawiera następującą regulację:

„1. Niniejsza dyrektywa nie stanowi przeszkody w stosowaniu przepisów, krajowych lub opartych na umowach, niezbędnych do zapobiegania nadużyciom finansowym.

2. Państwa członkowskie mogą, w przypadku transakcji, których zasadniczą przyczyną lub jedną z zasadniczych przyczyn jest uchylene się od podatków, unikanie płacenia podatków lub nadużycie, cofnąć korzyści wynikające z niniejszej dyrektywy lub odmówić zastosowania niniejszej dyrektywy”.

## **B. Prawo międzynarodowe**

11. Nordycka umowa o unikaniu podwójnego opodatkowania z dnia 23 września 1996 r. (z późniejszymi zmianami) oraz duńsko-luksemburska umowa o unikaniu podwójnego opodatkowania (zwane dalej [łącznie] „umowami o unikaniu podwójnego opodatkowania” lub „DBA”) z dnia 17 listopada 1980 r. zawierają w art. 11 ust. 1 następujące postanowienie w sprawie podziału uprawnień państw w odniesieniu do opodatkowania odsetek:

„1. Odsetki, które powstają w umawiającym się państwie i są wypłacane osobie mającej miejsce zamieszkania lub siedzibę w drugim umawiającym się państwie, mogą być opodatkowane w tym drugim państwie tylko wówczas, gdy ta osoba jest właścicielem odsetek”.

12. Zgodnie z tym postanowieniem państwo źródła, czyli w naszym przypadku Dania, nie może opodatkować odsetek wypłacanych podmiotowi będącemu rezydentem w Szwecji czy Luksemburgu, jeśli podmiot ten jest „właścicielem” odsetek w tym kraju. Pojęcie „właściciela” nie zostało zdefiniowane w żadnej z tych umów.

### C. Prawo duńskie

13. Zgodnie z przekazanymi przez sąd odsyłający informacjami duński stan prawny w latach, których dotyczy zawisły przed nim spór, został uregulowany w następujących przepisach.

14. W ustawie o opodatkowaniu spółek akcyjnych (zwanej dalej „ustawą o podatku dochodowym od osób prawnych”<sup>4</sup>), a konkretnie w jej § 2 ust. 1 lit. d) został uregulowany ograniczony obowiązek podatkowy spółek zagranicznych w odniesieniu do odsetek otrzymanych (zapisanych na koncie jako aktywa) od spółek duńskich bądź przez nie wypłaconych:

„§ 2. Zgodnie z niniejszą ustawą opodatkowaniu podlegają również spółki, stowarzyszenia i tym podobne w rozumieniu § 1 ust. 1, mające siedzibę za granicą, jeżeli [...]

d) otrzymają odsetki ze źródeł krajowych z tytułu wierzytelności przysługującej [spółce prawa duńskiego] lub [...] [zakładowi stałemu spółki zagranicznej] [...] wobec zagranicznej osoby prawnej, wskazanej w § 3 B Skattekontrollen (ustawy o kontroli podatkowej) (wierzytelność kontrolowana). Ten obowiązek podatkowy nie dotyczy odsetek, które nie są opodatkowane lub w przypadku których stawka podatkowa została obniżona na podstawie dyrektywy 2003/49/WE w sprawie wspólnego systemu opodatkowania stosowanego do odsetek oraz należności licencyjnych między powiązаныmi spółkami różnych państw członkowskich lub na podstawie umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania z Wyspami Owczymi, Grenlandią lub państwem, w którym spółka otrzymująca [odsetki] itd. ma siedzibę. Zasada ta obowiązuje jednak tylko wówczas, gdy spółka wypłacająca [odsetki] i spółka je otrzymująca w nieprzerwanym okresie co najmniej jednego roku, w ciągu którego dokonano wypłaty, są powiązane w rozumieniu tej dyrektywy [...]”.

15. W konsekwencji w 2007 r. ograniczony obowiązek podatkowy nie obejmował zapłaconych na rzecz spółki dominującej odsetek, które zgodnie z dyrektywą 2003/49 lub umową o unikaniu podwójnego opodatkowania nie podlegają opodatkowaniu lub też podlegają opodatkowaniu z zastosowaniem obniżonej stawki.

16. Natomiast w przypadku istnienia, zgodnie z § 2 ust. 1 lit. d) ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ograniczonego obowiązku podatkowego z tytułu odsetek wypłacanych z Danii, na podstawie duńskiej ustawy o opodatkowaniu u źródła<sup>5</sup>, podmiot dokonujący wypłaty odsetek zgodnie z § 65 D) ma obowiązek poboru podatku u źródła („podatek od odsetek”).

17. W latach podatkowych 2008 i 2009 stawka tego podatku wynosiła 25%. W razie zwłoki w odprowadzeniu potrąconego u źródła podatku (w przypadku ograniczonego obowiązku podatkowego) wymagalne są odsetki od zaległości podatkowej (§ 66 B ustawy o opodatkowaniu u źródła). Podmiotem odpowiedzialnym za zapłatę tych odsetek za zwłokę jest podmiot zobowiązany do poboru podatku.

18. W latach 2007–2009 nie obowiązywał w Danii żaden powszechnie obowiązujący przepis ustawowy mający na celu zwalczanie nadużyć. Jednakże w orzecznictwie rozwinęła się tzw. „doktryna realizmu”, zgodnie z którą opodatkowania należy dokonywać na podstawie przeprowadzanej na potrzeby konkretnego przypadku oceny jego okoliczności faktycznych. Oznacza to m.in., że w określonych okolicznościach można nie uwzględniać fikcyjnych i sztucznych struktur podatkowych i zamiast tego dokonać opodatkowania, kierując się rzeczywistością („substance-over-form”, przewaga treści nad formą). Strony zgadzają się jednak co do tego, że doktryna realizmu nie może stanowić podstawy do nieuwzględnienia czynności prawnych dokonanych w niniejszej sprawie.

4 Bekendtgørelse af lov om indkomstbeskatning af aktieselskaber m.v., selskabsskatteloven – Lovbekendtgørelse nr. 1037 af 24. August 2007 (ustawa nr 1037 z dnia 24 sierpnia 2007 r.).

5 Kildeskatteloven – Lovbekendtgørelse nr. 1086 af 14. November 2005 (ustawa nr 1086 z dnia 14 listopada 2005 r.).

19. Ponadto w duńskim orzecznictwie została rozwinięta tzw. zasada „podmiotu rzeczywiście uzyskującego dochód”. Zasada ta jest oparta na podstawowej regule opodatkowania dochodów określonej w § 4 statsskattelov (duńskiej ustawy o ordynacji podatkowej) i stanowi, iż organy administracji podatkowej nie mają obowiązku akceptowania sztucznego podziału pomiędzy działalnością rzeczywiście przynoszącą dochody a podmiotem, któremu przyporządkowane są dochody pochodzące z tej działalności. Należy zatem ustalić – niezależnie od formalnej zewnętrznej struktury przedsiębiorstwa – kto jest rzeczywistym odbiorcą określonego dochodu i tym samym podlega obowiązkowi podatkowemu. Powstaje tu również kwestia, komu można przypisać ten dochód dla celów podatkowych. „Podmiotem rzeczywiście uzyskującym dochód” jest więc podmiot podlegający opodatkowaniu z tytułu tych dochodów.

### III. Postępowanie główne

20. Spółka X Denmark A/S (strona skarżąca w postępowaniu głównym przed sądem odsyłającym) jest częścią grupy spółek X. Grupa spółek X jest przedsiębiorstwem o zasięgu globalnym zatrudniającym łącznie 12 500 pracowników, w tym 600 pracowników w Danii i posiadającym spółki zależne w ponad 70 krajach. W 2005 r. grupa ta została przejęta przez konsorcjum funduszy kapitałowych.

21. Te fundusze posiadają 100% udziałów głównej spółki dominującej w grupie z siedzibą w Luksemburgu (X SCA) i są uważane za podmioty transparentne podatkowo<sup>6</sup>. Inwestorzy w tych transparentnych podatkowo funduszach kapitałowych są ostatecznie pod względem podatkowym – zgodnie z informacjami przedstawionymi przez sąd odsyłający – bezpośrednimi udziałowcami głównej spółki dominującej w grupie, X SCA.

22. Zgodnie z informacjami udzielonymi przez X Denmark A/S inwestorzy ci mają miejsce zamieszkania częściowo w państwach Unii Europejskiej, częściowo natomiast poza tym obszarem, jak również częściowo w państwach, z którymi Królestwo Danii zawarło umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania, a częściowo poza nimi.

23. Spółka X SCA jest stojącą na czele grupy spółką dominującą. Ze względu na swoją specyfikę firmy posiadającej papiery wartościowe [przedsiębiorstwa inwestycyjnego] mogła ona zarejestrować się jako tak zwana „société d’investissement en capital à risque” (SICAR).

24. Oznacza to, iż spółka X SCA jest zwolniona z podatku dochodowego od dochodów otrzymywanych z inwestycji w papiery wartościowe (tzn. od dywidend i wzrostu wartości tych papierów). SICAR nie obowiązują ponadto przepisy dotyczące obowiązku poboru podatku u źródła przy wypłacie dywidendy. Spółka X SCA posiada 100% udziałów w spółce X Sweden Holding AB (zwanej dalej „X Sweden Holding”). Spółka X SCA nie prowadziła żadnej działalności poza posiadaniem tych udziałów i udzieleniem pożyczki spółce X Sweden Holding.

25. Spółka X Sweden Holding z kolei posiada 97,5% udziałów w szwedzkiej spółce (X-Sweden), która ze swojej strony posiada 100% udziałów w spółce X Denmark. Działalność spółki X Sweden Holding ogranicza się do bycia spółką holdingową spółki X Sweden. Spółka X Sweden Holding zaciągnęła w dniu 27 grudnia 2006 r. pożyczkę od swojej spółki dominującej X SCA. Odsetki od tej pożyczki zostały odliczone jako koszty od podlegającego opodatkowaniu dochodu w latach podatkowych 2007, 2008 i 2009.

<sup>6</sup> W ten sposób zostaje opisany fakt, że spółka może wprawdzie działać w obrocie prawnym, jednak z podatkowego punktu widzenia zysk tej spółki zostaje proporcjonalnie przypisany nie jej, lecz bezpośrednio jej wspólnikom i to oni muszą go opodatkować. W konsekwencji co do zasady krajem proporcjonalnie opodatkowanym „dochody spółki” (tu dochody z tytułu odsetek funduszy kapitałowych) nie jest kraj rezydencji spółki, lecz kraj rezydencji jej wspólników.

26. Spółka X Sweden w latach podatkowych 2007–2009 dokonywała – zgodnie ze szczególnymi szwedzkimi przepisami o podatkowym wyrównaniu wyniku w ramach grupy spółek, zawartymi w rozdziale 35 szwedzkiej ustawy o podatku dochodowym – w ramach grupy spółek płatności na rzecz swojej spółki dominującej, X Sweden Holding. Spółki dokonujące takich płatności mogą odliczyć je od dochodu, spółki otrzymujące są zobowiązane je opodatkować.

27. Na podstawie umowy z dnia 27 grudnia 2006 r. spółka X Denmark otrzymała pożyczkę w kwocie ponad 501 mln EUR od swojej spółki dominującej, X Sweden. Od przypisywanych corocznie w latach 2007, 2008 i 2009 odsetek spółka X Denmark nie pobierała żadnego podatku u źródła, gdyż uznawała pożyczkodawcę, spółkę X Sweden za „właściciela” tych odsetek. Spółka X Denmark odliczała koszty odsetek od swojego dochodu podlegającego opodatkowaniu.

28. Spółka X Sweden z kolei na początku 2007 r. podjęła czynności związane w rejestracją produktów we właściwych organach oraz różne czynności administracyjne związane z badaniami klinicznymi. Od tamtego czasu zatrudniała ona około dziesięciu pracowników.

29. W latach 2007, 2008 i 2009 przychody z tytułu odsetek stanowiły odpowiednio 98,1%, 97,8% oraz 98% łącznych przychodów spółki X Sweden.

30. SKAT (organ duńskiej administracji podatkowej) wydał w dniu 13 grudnia 2010 r. decyzję w przedmiocie nieuznania spółek X Sweden, X Sweden Holding czy też X SCA za „właściciela” odsetek w rozumieniu dyrektywy w sprawie wspólnego systemu opodatkowania stosowanego do odsetek oraz należności licencyjnych między powiązаныmi spółkami różnych państw członkowskich ani w rozumieniu mających zastosowanie umów o unikaniu podwójnego opodatkowania. Organ ten za „właścicieli” odsetek uznał właścicieli udziałów w spółce X SCA. Rozstrzygnięcie to zostało zaskarżone przed Landsskattereten (krajową komisją podatkową, stanowiącą w ramach duńskiej administracji podatkowej organ odwoławczy). Jako że ten ostatni nie podjął żadnej decyzji, spółka X Denmark wniosła skargę do Østre Landsret (sąd apelacyjny regionu wschodniego, Dania).

31. W postępowaniu wszczętym na skutek tego odwołania Østre Landsret (sąd apelacyjny regionu wschodniego, Dania) postanowił złożyć wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

#### **IV. Postępowanie przed Trybunałem Sprawiedliwości**

32. Østre Landsret (sąd apelacyjny regionu wschodniego, Dania) zwrócił się z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

- „1) Czy art. 1 ust. 1 w związku z art. 1 ust. 4 dyrektywy 2003/49 należy interpretować w ten sposób, iż mająca siedzibę w jednym z państw członkowskich spółka, objęta zakresem art. 3 dyrektywy, która – w okolicznościach takich, jak przedstawione w tym postępowaniu – otrzymuje odsetki od innej spółki z siedzibą w innym państwie członkowskim, jest »właścicielem« tych odsetek w rozumieniu dyrektywy?
- 1.1) Czy pojęcie »właściciel [odsetek]« użyte w art. 1 ust. 1 dyrektywy 2003/49 w związku z jej art. 1 ust. 4 należy interpretować zgodnie z odpowiadającym mu pojęciem użytym w art. 11 modelowej konwencji podatkowej z 1977 r.?
- 1.2) W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie pierwsze punkt pierwszy: czy pojęcie to należy zatem interpretować jedynie z uwzględnieniem komentarzy do tego art. 11 modelowej konwencji podatkowej z 1977 r. (pkt 8), czy też przy dokonywaniu tej wykładni tej można zastosować późniejsze komentarze, m.in. te dokonane w dodatkach z 2003 r.

w przedmiocie »spółek pośredniczących« (pkt 8.1, obecnie pkt 10.1), czy też te dokonane w dodatkach z 2014 r. w przedmiocie »obowiązków umownych i wynikających z przepisów prawnych« (pkt 10.2)?

- 1.3) Jeśli komentarze z 2003 r. mogą zostać zastosowane przy dokonywaniu tej wykładni, czy warunkiem uznania spółki za niebędącą »właścicielem [odsetek]« w rozumieniu dyrektywy 2003/49 jest stwierdzenie rzeczywistego przepływu środków do podmiotu uznanego w państwie, w którym spółka dokonująca wypłaty odsetek jest rezydentem, za »właściciela« rozpatrywanych odsetek, a jeśli tak – czy dalszym warunkiem tego uznania jest stwierdzenie, że ten rzeczywisty przepływ miał miejsce w ścisłym związku czasowym z wypłatą odsetek i/lub że miał postać wypłaty odsetek?
- 1.3.1) Jakie znaczenie ma w tym względzie to, czy pożyczka została udzielona za pomocą kapitału akcyjnego [ze środków z kapitału własnego spółki], czy rozpatrywane odsetki są dopisywane do kapitału (»rolled-up«), czy spółka otrzymująca odsetki przekazała je następnie w obrębie grupy do będącej rezydentem w tym samym państwie członkowskim spółki dominującej, mając na celu optymalizację wyników pod względem podatkowym zgodnie z obowiązującymi w tym państwie przepisami, czy została następnie dokonana konwersja rozpatrywanych odsetek na kapitał własny spółki biorącej pożyczkę, czy odbiorca odsetek miał umowny lub wynikający z przepisów prawa obowiązek przekazania ich innemu podmiotowi oraz to, czy znaczna część podmiotów uznanych w państwie, w którym spółka dokonująca wypłaty odsetek jest rezydentem, za »właścicieli odsetek«, jest rezydentami w innych państwach, również członkowskich, z którymi Dania zawarła umowę o unikaniu podwójnego opodatkowania, efektem czego zgodnie z duńskim prawem podatkowym brak jest podstawy do pobrania podatku u źródła, jeśli te podmioty były pożyczkodawcami i otrzymały odsetki w sposób bezpośredni?
- 1.4) Jakie znaczenie dla rozpatrzenia kwestii, czy spółkę otrzymującą odsetki można uznać za ich »właściciela« w rozumieniu dyrektywy ma to, że sąd odsyłający po dokonaniu oceny okoliczności faktycznych stwierdzi, iż spółka otrzymująca odsetki – pomimo tego, że nie jest ani umownie, ani na podstawie przepisów prawa zobowiązana do dalszego przekazania otrzymanych odsetek innemu podmiotowi – nie ma »pełnego« prawa do »korzystania i pobierania korzyści« (»use and enjoy«), z odsetek, o którym mowa w sporządzonych w 2014 r. komentarzach do modelowej konwencji podatkowej z 1977 r.?
- 2) Czy powołanie się przez państwo członkowskie na art. 5 ust. 1 dyrektywy o stosowaniu w przypadku zwalczania nadużyć i oszustw przepisów krajowych czy też na art. 5 ust. 2 jest możliwe tylko wtedy, gdy to państwo członkowskie przyjęło szczególny przepis celem transpozycji art. 5 dyrektywy czy też, gdy w danym prawie krajowym zostały ustanowione powszechnie obowiązujące przepisy czy też zasady dotyczące nadużyć i oszustw podatkowych oraz uchylania się od opodatkowania, które mogą być interpretowane zgodnie z tym art. 5?
- 2.1) W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie drugie: czy § 2 ust. 2 lit. d) duńskiej ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, zgodnie z którym ograniczony obowiązek podatkowy w zakresie dochodu z odsetek nie obejmuje »odsetek zwolnionych z opodatkowania na podstawie dyrektywy 2003/49/WE w sprawie wspólnego systemu opodatkowania stosowanego do odsetek oraz należności licencyjnych między powiązаныmi spółkami różnych państw członkowskich«, można uznać za taki szczególny krajowy przepis, o którym mowa w art. 5 dyrektywy?

- 3) Czy postanowienie zawarte w podpisanej przez dwa państwa członkowskie umowie o unikaniu podwójnego opodatkowania sporządzonej w oparciu o modelową konwencję OECD, zgodnie z którym opodatkowanie odsetek jest uzależnione od tego, czy spółkę otrzymującą odsetki można uznać za ich właściciela, stanowi oparte na umowie postanowienie niezbędne do zapobiegania nadużyciom finansowym, o którym mowa w art. 5 dyrektywy?
- 4) Czy nadużyciem itp. w rozumieniu dyrektywy 2003/49 jest to, że w państwie członkowskim, w którym spółka dokonująca wypłaty odsetek jest rezydentem, można dokonać odliczenia podatkowego dotyczącego odsetek, podczas gdy w państwie członkowskim, w którym spółka otrzymująca odsetki jest rezydentem, odsetki nie podlegają opodatkowaniu?
- 5) Czy spółka będąca rezydentem w Luksemburgu, utworzona i zarejestrowana zgodnie z luksemburskim prawem spółek jako »société en commandite par actions« (SCA), a także zaklasyfikowana jako »société d'investissement en capital à risque« (SICAR) na mocy luksemburskiej ustawy z dnia 15 czerwca 2004 r. o spółkach inwestycyjnych kapitału wysokiego ryzyka, jest objęta zakresem zastosowania dyrektywy 2003/49?
  - 5.1) Jeśli na pytanie piąte należy odpowiedzieć twierdząco, czy wówczas luksemburska spółka »SCA, SICAR« może być »właścicielem« odsetek w rozumieniu dyrektywy 2003/49, nawet jeśli państwo członkowskie, w którym spółka dokonująca wypłaty odsetek jest rezydentem, uznaje daną spółkę za podatkowo transparentną w rozumieniu jego prawa krajowego?
  - 5.2) Jeśli na pytanie pierwsze należy odpowiedzieć przecząco, czyli, że spółka otrzymująca odsetki nie jest uznawana za będącą »właścicielem« przedmiotowych odsetek, czy wymieniona powyżej spółka SCA, SICAR, może – w takich okolicznościach, z którymi mamy do czynienia w niniejszym przypadku, zostać uznana za »właściciela« przedmiotowych odsetek w rozumieniu tej dyrektywy?
- 6) Czy państwo członkowskie, które nie chce uznać tego, że spółka z innego państwa członkowskiego jest właścicielem odsetek, i podnosi, że ta spółka z innego państwa członkowskiego jest sztucznie stworzoną spółką pośredniczącą, jest zgodnie z dyrektywą 2003/49 czy też art. 10 WE zobowiązane do udzielenia informacji, kogo w tej sytuacji państwo to uznaje za właściciela [odsetek]?
- 7) Jeśli będąca rezydentem w danym państwie członkowskim spółka (dominująca) nie może w danym przypadku zostać uznana, w związku z dyrektywą 2003/49, za zwolnioną z opodatkowania u źródła odnośnie do odsetek otrzymanych od spółki (zależnej) będącej rezydentem w innym państwie członkowskim, lecz ta spółka dominująca w tym drugim państwie członkowskim jest uznana za objętą w nim w zakresie tych odsetek ograniczonym obowiązkiem podatkowym, czy art. 43 WE w związku z art. 48 WE wyklucza ustawodawstwo, zgodnie z którym to drugie państwo członkowskie nakłada na (zależną) spółkę zobowiązaną do potrącenia podatku u źródła w przypadku zwłoki w płatności wymóg uiszczenia odsetek za zwłokę o wyższej stawce niż stawka odsetek za zwłokę wymaganych w tym drugim państwie członkowskim w przypadku zwłoki w płatności podatku dochodowego od osób prawnych (obejmującego m.in. dochód z odsetek) wobec spółki będącej rezydentem tego samego państwa członkowskiego?
- 8) Jeśli będąca rezydentem w danym państwie członkowskim spółka (dominująca) nie może w danym przypadku zostać uznana, w związku z dyrektywą 2003/49, za zwolnioną z opodatkowania u źródła odnośnie do odsetek otrzymanych od spółki (zależnej) będącej rezydentem w innym państwie członkowskim, a spółka dominująca w tym drugim państwie



członkowskim jest uznana odnośnie do tych odsetek za podatnika objętego ograniczonym obowiązkiem podatkowym, czy art. 43 WE z związku z art. 48 WE (bądź też art. 56 WE), razem lub każdy z osobna, wyklucza ustawodawstwo, zgodnie z którym:

- a) to inne państwo członkowskie nakłada na spółkę wypłacającą odsetki obowiązek potrącenia podatku od odsetek u źródła oraz odpowiedzialność wobec organów publicznych za niepobrany u źródła podatek, jeśli nie ma takiego obowiązku potrącenia podatku u źródła, w przypadku gdy spółka otrzymująca odsetki jest rezydentem w tym innym państwie członkowskim?
- b) spółka dominująca w tym innym państwie członkowskim nie ma obowiązku płacenia zaliczek na podatek dochodowy od osób prawnych przez dwa pierwsze lata podatkowe, lecz może zacząć płacić ten podatek dopiero znacznie później niż data wymagalności podatku potrącanego u źródła?

Trybunał jest proszony o udzielenie odpowiedzi na pytanie ósme łącznie z odpowiedzią na pytanie siódme”.

33. Postanowieniem z dnia 13 lipca 2016 r. sprawy C-115/16, C-118/16 i C-119/16 zostały połączone. W ramach postępowania w tych sprawach połączonych pisemne uwagi w przedmiocie pytań prejudycjalnych przedstawiły spółki N Luxembourg 1, X Denmark A/S, C Danmark I oraz Królestwo Danii, Republika Federalna Niemiec, Republika Włoska, Wielkie Księstwo Luksemburga, Królestwo Niderlandów, Królestwo Szwecji i Komisja Europejska. Na rozprawie w dniu 10 października 2017 r., dotyczącej spraw C-116/16, C-117/16 i C-299/16 udział wzięły spółki N Luxembourg 1, X Denmark, C Danmark I oraz Królestwo Danii, Republika Federalna Niemiec, Wielkie Księstwo Luksemburga i Komisja Europejska.

## V. Ocena prawna

### A. W przedmiocie określenia właściciela [odsetek] (pytanie pierwsze do jego pkt 4 włącznie)

34. Zadając pytanie pierwsze do jego pkt 4 włącznie, które należy przeanalizować łącznie, sąd odsyłający pyta w istocie o to, jak należy interpretować pojęcie „właściciela [odsetek]” w art. 1 ust. 1 w związku z art. 1 ust. 4 dyrektywy 2003/49. W tym celu należy ustalić pojęcie „właściciela [odsetek]” w rozumieniu dyrektywy 2003/49 (śródtytuł 1) i następnie zbadać wpływ, jaki ma na jego wykładnię modelowa konwencja OECD (zwana dalej „modelową konwencją OECD”) i komentarze do niej (tzw. komentarze modelowe OECD) (śródtytuł 2).

#### **1. Pojęcie „właściciela [odsetek]” w rozumieniu dyrektywy 2003/49 (pytanie pierwsze i pierwsze pkt 4)**

35. Dyrektywa 2003/49 ma zapewnić równość traktowania w zakresie opodatkowania transakcji krajowych i transgranicznych między spółkami powiązаныmi.

**a) Zasada: wierzyciel z tytułu odsetek jest właścicielem [odsetek]**

36. Celem art. 1 ust. 1 dyrektywy 2003/49 w związku z motywami 2–4 tej dyrektywy jest unikanie podwójnego opodatkowania transgranicznych wypłat odsetek poprzez ustanowienie zakazu opodatkowania odsetek w państwie źródła na niekorzyść właściciela tych odsetek. Wskazany przepis dotyczy zatem wyłącznie sytuacji prawnopodatkowej wierzyciela z tytułu odsetek<sup>7</sup>.

37. Wierzycielem z tytułu odsetek jest ten, komu zgodnie z przepisami prawa cywilnego przysługuje roszczenie do uzyskania tych odsetek we własnym imieniu. W tym względzie z orzecznictwa Trybunału wynika, że „właścicielem [odsetek]” w rozumieniu dyrektywy 2003/49 jest co do zasady ten, kto pod względem cywilnoprawnym jest uprawniony do żądania zapłaty odsetek<sup>8</sup>.

38. Powyższe potwierdza art. 1 ust. 4 dyrektywy 2003/49, który wyklucza uznanie za właściciela [odsetek] przedstawiciela, powiernika lub upoważnionego sygnatariusza. Wskazane tam osoby podnoszą to roszczenie albo nie we własnym imieniu (tak w przypadku przedstawiciela lub upoważnionego sygnatariusza) albo wprawdzie we własnym imieniu, ale nie na własną rzecz (tak w przypadku powiernika). Można z tego wnioskować, a contrario, że w przypadku, gdy odbiorca odsetek pobiera odsetki we własnym imieniu i na własną rzecz (to znaczy dla własnej korzyści), jest właścicielem [odsetek].

39. Sąd odsyłający informuje, że spółka X Sweden zawarła ze spółką X Denmark A/S umowę pożyczki. Tym samym pobiera ona odsetki we własnym imieniu. Rozstrzygające znaczenie ma zatem kwestia, czy pobiera ona owe odsetki na własny czy na cudzy rachunek. Na własny rachunek działa ten, kto może sam decydować o sposobie wykorzystania odsetek, jak również samodzielnie ponosi ryzyko straty. Natomiast na cudzy rachunek działa ktoś, kto jest związany z osobą trzecią w ten sposób, że to owa osoba trzecia w rezultacie ponosi ryzyko straty (w niniejszym przypadku odsetek).

**b) Wyjątek: powiernik**

40. Jak wynika z art. 1 ust. 4 dyrektywy 2003/49, cywilnoprawny właściciel czy też wierzyciel z tytułu odsetek nie byłby właścicielem [odsetek] w rozumieniu dyrektywy, gdyby działał tylko jako powiernik.

41. Należy wykluczyć jawne powiernictwo spółki X Sweden na rzecz spółki X Sweden Holding lub spółki X SCA czy też na korzyść funduszy kapitałowych. Wprawdzie w przypadku powiernika prawa majątkowe zostają przeniesione na jego rzecz, jednak powiernik może z nich korzystać tylko zgodnie z umową powiernictwa. Umowa ta skutkuje tym, że uprawnienia powiernika w stosunku zewnętrznym są szersze niż jego powiernicza więź prawna w stosunku wewnętrznym wobec powierzającego. W zakresie obowiązywania tej szczególnej więzi powiernik działa wprawdzie jeszcze we własnym imieniu, ale już nie na własną rzecz. W niniejszej sprawie nie można stwierdzić [istnienia] takiej więzi.

42. Ocena, czy w niniejszej sprawie, uwzględniając genezę i stopień bliskości zaangażowanych spółek, można stwierdzić występowanie, z gospodarczego punktu widzenia, ewentualnego tajnego powiernictwa spółek X Sweden, X-Sweden Holding lub X S.C.A. na rzecz funduszy kapitałowych, należy wyłącznie do sądu odsyłającego w ramach przeprowadzanej przezeń oceny całościowej. Trybunał może jednak udzielić przydatnych w tym celu wskazówek.

<sup>7</sup> Wyrok z dnia 21 lipca 2011 r., Scheuten Solar Technology (C-397/09, EU:C:2011:499, pkt 28).

<sup>8</sup> Wyrok z dnia 21 lipca 2011 r., Scheuten Solar Technology (C-397/09, EU:C:2011:499, pkt 27): „Artykuł 2 lit. a) dyrektywy 2003/49 definiuje odsetki jako »przychód z wszelkiego rodzaju wierzitelności«. Tylko rzeczywisty wierzyciel może zaś otrzymywać odsetki stanowiące przychód z takich wierzitelności”.

43. Ustalono umownie refinansowanie u podmiotu trzeciego na podobnych warunkach i w pewnym związku czasowym, takie jak to rozpatrywane w niniejszej sprawie, samo w sobie nie wystarcza do tego, aby można było uznać, że istnieje stosunek powiernictwa. Również dyrektywa 2003/49 w swoim art. 1 ust. 7, a także motyw 4 przyjmuje założenie istnienia pewnego powiązania prawnohandlowego, które jako takie – czyli rozpatrywane odrębnie – nie może mieć żadnego wpływu na ustalenie, kto jest właścicielem [odsetek]. Podkreśla to jeszcze motyw 5 i art. 4 ust. 2 dyrektywy 2003/49, który także w przypadku „szczególnych powiązań” między płatnikiem a właścicielem [odsetek] przewidują tylko korektę wysokości [kwoty odsetek, do których dyrektywa ma zastosowanie], lecz nie kwestionują faktu bycia płatnikiem lub właścicielem [odsetek]. Stąd powiernictwo w rozumieniu art. 1 ust. 4 dyrektywy 2003/49 wykracza poza umowę pożyczki między powiązаныmi w oparciu o prawo spółek przedsiębiorstwami.

44. Musiałaby raczej istnieć ściślejsza więź w stosunku wewnętrznym (tj. w relacji spółek X S.C.A. lub X Sweden Holding lub też X Sweden do funduszy kapitałowych), które ograniczałoby istniejące w stosunkach zewnętrznych kompetencje spółki X Sweden lub X Sweden Holding lub X S.C.A. Jak dotąd nie można stwierdzić istnienia takiej więzi prawnej. W każdym razie nie można stwierdzić jej istnienia tylko dlatego, że dla celów pożyczki używany jest kapitał własny, lub że odsetki doliczane są do [kwoty] długu głównego lub zamieniane są u odbiorcy w kapitał własny.

45. Moim zdaniem byłoby jednak inaczej, gdyby na przykład znaczne wydatki spółek luksemburskich nie mogły zostać pokryte z dochodów z tytułu odsetek, lecz gdyby odsetki powinny być zostac w całości przekazane dalej. Inaczej byłoby również, gdyby stawka odsetek refinansowania i otrzymana stawka odsetek były identyczne albo włączona spółka nie generowała żadnych kosztów własnych, które należałoby pokryć z jej dochodu z odsetek. Inaczej byłoby również, gdyby ryzyko niewypłacalności spółki z siedzibą w Danii (X Denmark) było ponoszone wyłącznie przez fundusze kapitałowe, gdyż w takim wypadku wygasłyby także zobowiązania innych spółek, w szczególności zobowiązania spółki X S.C.A. wobec funduszy kapitałowych. Jedynie sąd odsyłający może rozstrzygnąć, czy zachodzą takie okoliczności. Z postanowienia o wystąpieniu z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym nie wynika jednakże, by w latach 2007–2009 w ogóle istniało takie zobowiązanie spółki X S.C.A. wobec spółek inwestycyjnych. Należy jednak również uwzględnić, iż nie nastąpiło tu „przekazanie” odsetek we właściwym znaczeniu tego słowa. Przychody z odsetek spółki X Sweden zostały rozliczone z wydatkami z tytułu odsetek spółki X Sweden Holding dopiero na podstawie szwedzkich regulacji dotyczących opodatkowania grup spółek. Nie wiąże się to jednak co do zasady ze zmianą stosunków cywilno-prawnych. To sąd krajowy musi ustalić, czy z regulacji dotyczących opodatkowania grup spółek może w ogóle wynikać istnienie stosunku powiernictwa.

46. Niemniej jednak, jeżeli sąd odsyłający na podstawie całokształtu okoliczności tej sprawy przyjmie istnienie takiego stosunku powiernictwa, zgodnie z brzmieniem art. 1 ust. 4 dyrektywy 2003/49 powierzający byłby właścicielem [odsetek] w rozumieniu dyrektywy 2003/49. Jeżeli wypłata przez powiernika odsetek na rzecz powierzającego także spełnia wymogi określone w dyrektywie 2003/49, zwolnienie z opodatkowania u źródła ciągle nadal znajdowałoby zastosowanie.

#### ***c) Wnioski w przedmiocie pytania pierwszego i pierwszego pkt 4***

47. Dlatego na pytanie prejudycjalne pierwsze i pierwsze pkt 4 należy odpowiedzieć, iż spółka mająca siedzibę w innym państwie członkowskim będąca właścicielem wierzytelności, od której są płacone odsetki, jest właścicielem [odsetek] w rozumieniu art. 1 ust. 1 dyrektywy 2003/49. Inaczej jest w sytuacji, gdy spółka ta nie działa w imieniu własnym i na własny rachunek, lecz na podstawie (ewentualnie tajnej) więzi powierniczej, na cudzą rzecz dla osoby trzeciej. Wówczas to tę osobę trzecią należałoby traktować jak właściciela [odsetek]. To ostatnie musi ocenić sąd odsyłający w ramach przeprowadzanej przezeń całościowej oceny okoliczności sprawy.

## 2. Wykładnia zgodna z konwencją modelową OECD? (pytanie pierwsze pkt 1–3)

48. Sąd odsyłający, zadając pytanie pierwsze pkt 1–3, zmierza w szczególności do ustalenia, czy w celu dokonania wykładni pojęć użytych w dyrektywie 2003/49 należy także sięgać do komentarzy do modelowej konwencji OECD, a jeśli tak, to czy również do komentarzy do modelowej konwencji OECD w jej brzmieniu zmienionym po ogłoszeniu dyrektywy.

49. W późniejszych komentarzach do modelowej konwencji OECD (na przykład z 2008 r. w pkt 8 i 9) tak zwanych spółek pośredniczących zwykle nie traktuje się jak właścicieli [odsetek], jeżeli – mimo że formalnie są właścicielami [odsetek] – praktycznie mają bardzo ograniczone uprawnienia, które czynią z nich w odniesieniu do spornych dochodów powiernika lub zarządcę działającego na rzecz zainteresowanych podmiotów.

50. Konwencje modelowe OECD nie są wiążącymi prawnie wielostronnymi umowami międzynarodowymi, lecz jednostronnymi aktami organizacji międzynarodowej, mającymi formę zaleceń skierowanych do jej członków. Także zdaniem samej OECD zalecenia te nie są wiążące, zgodnie z kodeksem postępowania OECD jej państwa członkowskie są raczej zobowiązane sprawdzać, czy uważają ich przestrzeganie za rozsądne<sup>9</sup>, tym bardziej w przypadku komentarzy do nich wydawanych przez OECD, które ostatecznie zawierają jedynie opinie prawne.

51. Jednakże zgodnie z utrwalonym orzecznictwem należy uznać za wskazane, aby państwa członkowskie, celem wypracowania zrównoważonego podziału kompetencji podatkowych, do którego są zobowiązane, wzorowały się na międzynarodowej praktyce odzwierciedlonej w modelowych konwencjach<sup>10</sup>. To dotyczy również uwzględniania międzynarodowego poglądu prawnego, który może znaleźć odzwierciedlenie w komentarzach do konwencji modelowej OECD.

52. Jednak komentarze do konwencji modelowych OECD nie mogą mieć bezpośredniego wpływu na interpretację dyrektyw Unii, nawet jeżeli używane w nich pojęcia miałyby być identyczne. Komentarze te odzwierciedlają tylko poglądy tych, którzy wypracowali konwencje modelowe OECD, natomiast nie poglądy prawodawców parlamentarnych bądź prawodawcy Unii. W każdym razie, tylko jeżeli z brzmienia lub genezy dyrektywy wynika, że prawodawca Unii wzorował się na brzmieniu konwencji modelowej OECD i (ówczesnych) komentarzach do takiej konwencji modelowej OECD, wskazane byłoby przyjęcie idącej w tym kierunku wykładni.

53. Dlatego Trybunał stwierdził już, że postanowienie umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania interpretowane w świetle komentarza OECD do jej modelowej konwencji podatkowej nie może ograniczać prawa Unii<sup>11</sup>. Dotyczy to w szczególności zmian modelowej konwencji podatkowej OECD i komentarzy, które opracowane zostały po ogłoszeniu dyrektywy. W przeciwnym wypadku wykładnia dyrektywy Unii pozostawałaby w rękach umawiających się państw OECD.

54. Jeżeli jednak komentarze OECD nie mają bezpośredniej mocy wiążącej, zaś w art. 1 ust. 4 dyrektywy 2003/49 zostało wprowadzone rozróżnienie na podstawie tego, czy wierzyciel otrzymuje płatności na własną rzecz, czy też jako powiernik, wówczas ta kwestia pozostaje rozstrzygająca (z punktu widzenia prawa Unii) dla uznania za właściciela [odsetek] w rozumieniu art. 1 ust. 1

<sup>9</sup> Zasada 18 lit. b) kodeksu postępowania OECD: „Recommendations of the Organisation, made by the Council in accordance with Articles 5, 6 and 7 of the Convention, shall be submitted to the Members for consideration in order that they may, if they consider it opportune, provide for their implementation”. Tekst dostępny pod adresem: <https://www.oecd.org/legal/rules%20of%20Procedure%20OECD%20Oct%202013.pdf>.

<sup>10</sup> Wyroki: z dnia 15 maja 2008 r., Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, pkt 22); z dnia 13 marca 2007 r., Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, pkt 49); z dnia 7 września 2006 r., N (C-470/04, EU:C:2006:525, pkt 45); z dnia 12 maja 1998 r., Gilly (C-336/96, EU:C:1998:221, pkt 31); z dnia 23 lutego 2006 r., van Hilten-van der Heijden (C-513/03, EU:C:2006:131, pkt 48); zob. także w tym względzie wyrok z dnia 16 maja 2017 r., Berlioz Investment Fund (C-682/15, EU:C:2017:373, pkt 67).

<sup>11</sup> Wyrok z dnia 19 stycznia 2006 r., Bouanich (C-265/04, EU:C:2006:51, pkt 50, 56).

dyrektywy 2003/49. W razie gdy nie mamy do czynienia z (ewentualnie utajnionym) powiernictwem, właścicielem [odsetek] zgodnie z dyrektywą 2003/49 jest cywilnoprawny właściciel roszczenia. Ostatecznie podejście to jest podobne do tego przyjętego w nowszych komentarzach do modelowej konwencji podatkowej OECD.

55. Stąd na pytanie prejudycjalne pierwsze pkt 1–2 można odpowiedzieć, że pojęcie właściciela [odsetek] podlega autonomicznej wykładni prawa Unii, niezależnej od komentarzy do art. 11 modelowej konwencji podatkowej OECD z 1977 r. czy jej późniejszych zmian. Nie ma więc potrzeby udzielania odpowiedzi na pytanie pierwsze pkt 3.

## **B. Kryteria pozwalające uznać, że doszło do nadużycia (pytanie czwarte)**

56. Zadając pytanie czwarte, sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy w przypadku struktury takiej jak ta rozpatrywana w niniejszej sprawie, której celem jest między innymi opodatkowanie u źródła w Danii, że dochodzi do nadużycia w rozumieniu art. 5 dyrektywy 2003/49.

57. Istnienie nadużycia jest zależne od wyniku całościowej oceny okoliczności danego konkretnego przypadku, której dokonanie należy do właściwych organów administracji krajowej. Ocena taka powinna podlegać kontroli sądowej<sup>12</sup>. Dokonanie owej całościowej oceny należy niewątpliwie do sądu odsyłającego<sup>13</sup>. Jeśli chodzi jednak o ustalenie, czy dane transakcje są dokonywane w ramach zwykłych transakcji handlowych czy też wyłącznie w celu nadużycia korzyści przewidzianych w prawie Unii<sup>14</sup>, Trybunał może udzielić sądowi odsyłającemu użytecznych wskazówek<sup>15</sup>.

58. W tym celu należy najpierw przyjrzeć się bliżej przewidzianemu w prawie Unii pojęciu nadużycia (śródtytuł 1), i przeanalizować, to rozpatrywany przypadek ma znamiona nadużycia (śródtytuł 2).

### **1. Pojęcie nadużycia w prawie Unii**

59. Zgodnie z art. 5 dyrektywy 2003/49 nie należy stawiać państwom członkowskim przeszkód w przyjmowaniu właściwych środków mających na celu zwalczanie oszustw i nadużyć finansowych (zob. również motyw 6 tej dyrektywy).

60. Proponowana wyżej (pkt 36 i nast.) wykładnia pojęcia właściciela [odsetek] nie stoi w sprzeczności z tym celem. Przeciwnie, cel ten jest realizowany przede wszystkim poprzez art. 5 dyrektywy 2003/49, nie zaś poprzez interpretację pojęcia właściciela [odsetek] (w szczególności włączenie do danej struktury powiernika nie musi stanowić znamienia nadużycia).

<sup>12</sup> Wyrok z dnia 17 lipca 1997 r., Leur-Bloem (C-28/95, EU:C:1997:369, pkt 41); moja opinia w sprawie Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, pkt 60).

<sup>13</sup> Tak również wyroki: z dnia 22 listopada 2017 r., Cussens i in. (C-251/16, EU:C:2017:881, pkt 59); z dnia 20 czerwca 2013 r., Newey (C-653/11, EU:C:2013:409, pkt 49).

<sup>14</sup> Wyroki: z dnia 12 września 2006 r., Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, pkt 35); z dnia 6 kwietnia 2006 r., Agip Petroli (C-456/04, EU:C:2006:241, pkt 20); z dnia 21 lutego 2006 r., Halifax i in. (C-255/02, EU:C:2006:121, pkt 68, 69); z dnia 9 marca 1999 r., Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, pkt 24) z dalszymi odesłaniami; zob. również moja opinia w sprawie Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, pkt 57).

<sup>15</sup> Wyroki: z dnia 17 grudnia 2015 r., WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, pkt 34); z dnia 21 lutego 2008 r., Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, pkt 56); z dnia 21 lutego 2006 r., Halifax i in. (C-255/02, EU:C:2006:121, pkt 77).

61. Przepis ten odzwierciedla ostatecznie to, co zostało także przyznane w utrwalonym orzecznictwie: nie można powoływać się na normy prawa Unii w sposób nieuczciwy lub stanowiący nadużycie. Nie można bowiem rozszerzać zakresu stosowania przepisu Unii tak, aby objąć nim nadużycia podmiotów gospodarczych, to znaczy transakcje, które nie są przeprowadzane w ramach zwykłych transakcji handlowych, lecz wyłącznie w celu nadużycia korzyści przewidzianych w prawie Unii<sup>16</sup>.

62. Prawdą jest, że sama dyrektywa 2003/49 nie zawiera definicji nadużycia. Jednak z innych dyrektyw Unii wynikają odpowiednie wskazówki w tej kwestii. W dyrektywie o fuzjach<sup>17</sup>, a konkretnie w jej art. 11 ust. 1 lit. a) zdanie drugie, jako podstawa domniemania, że transakcja ma na celu uchylanie się od płacenia podatków, został wskazany brak jej uzasadnionego celu gospodarczego. Ponadto art. 6 – w latach rozpatrywanych w niniejszej sprawie niemającej jeszcze zastosowania – dyrektywy ustanawiającej przepisy mające na celu przeciwdziałanie praktykom unikania opodatkowania<sup>18</sup> (zwanej dalej „dyrektywą 2016/1164”) zostało zdefiniowane pojęcie nadużycia. Zgodnie z nim decydujące znaczenie ma, czy istnieje nierzeczywiste uzgodnienie, którego głównym celem lub jednym z głównych celów jest uzyskanie korzyści podatkowej sprzecznej z przedmiotem lub celem mającego zastosowanie prawa podatkowego. Zgodnie z ust. 2 tego artykułu uznaje się, że uzgodnienie nie jest rzeczywiste w zakresie, w jakim nie jest ono wprowadzane z uzasadnionych powodów handlowych, które odzwierciedlają rzeczywistość gospodarczą.

63. Trybunał wielokrotnie stwierdził, że ograniczenie swobody przedsiębiorczości można by uzasadnić jedynie względami związanymi ze zwalczaniem praktyk stanowiących nadużycie, a swoistym celem takiego ograniczenia powinno być ustanowienie przeszkody dla zachowań polegających na tworzeniu czysto sztucznych struktur, w oderwaniu od przyczyn ekonomicznych, w celu unikania podatku, który w normalnych okolicznościach byłby należny z tytułu dochodu osiągniętego z działalności na terytorium krajowym<sup>19</sup>. Jak też Trybunał tymczasem już wielokrotnie orzekał, nie ma wymogu, aby dane struktury były tworzone wyłącznie w celu uzyskania korzyści podatkowych<sup>20</sup>, lecz wystarcza, aby to uzyskanie korzyści podatkowej stanowiło zasadniczy cel ich utworzenia<sup>21</sup>.

64. Wskazane orzecznictwo Trybunału opiera się na dwóch współzależnych elementach. Po pierwsze, już na wstępie odmawia się uznania czysto sztucznych struktur, które w efekcie tworzone są tylko na papierze. Po drugie, ma obowiązek przepisów prawa podatkowego, które może zostać osiągnięte także za pomocą struktur istniejących w rzeczywistości gospodarczej. Przypadki należące do tej drugiej grupy

16 Wyroki: z dnia 22 listopada 2017 r., Cussens i in. (C-251/16, EU:C:2017:881, pkt 27); z dnia 5 lipca 2007 r., Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, pkt 38); z dnia 6 kwietnia 2006 r., Agip Petroli (C-456/04, EU:C:2006:241, pkt 20); z dnia 12 września 2006 r., Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, pkt 35); z dnia 21 lutego 2006 r., Halifax i in. (C-255/02, EU:C:2006:121, pkt 68, 69); z dnia 9 marca 1999 r., Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, pkt 24) z dalszymi odesłaniami; zob. również moja opinia w sprawie Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, pkt 57).

17 Dyrektywa Rady 90/434/EWG z dnia 23 lipca 1990 r. w sprawie wspólnego systemu opodatkowania mającego zastosowanie w przypadku łączenia, podziałów, wydzielenia, wnoszenia aktywów i wymiany udziałów dotyczących spółek różnych państw członkowskich (Dz.U. 1990, L 225, s. 1 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 9, t. 1, s. 142).

18 Dyrektywa Rady (UE) 2016/1164 z dnia 12 lipca 2016 r. ustanawiająca przepisy mające na celu przeciwdziałanie praktykom unikania opodatkowania, które mają bezpośredni wpływ na funkcjonowanie rynku wewnętrznego (Dz.U. 2016, L 193, s. 1).

19 Wyroki: z dnia 20 grudnia 2017 r., Deister Holding i Juhler Holding (C-504/16 i C-613/16, EU:C:2017:1009, pkt 60); z dnia 17 grudnia 2015 r., WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, pkt 35); z dnia 18 czerwca 2009 r., Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377, pkt 64); z dnia 13 marca 2007 r., Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, pkt 74); podobnie wyrok z dnia 12 września 2006 r., Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, pkt 55).

20 Zobacz również wyroki: z dnia 20 czerwca 2013 r., Newey (C-653/11, EU:C:2013:409, pkt 46); z dnia 12 lipca 2012 r., JJ. Komen en Zonen Beheer Heerhugowaard (C-326/11, EU:C:2012:461, pkt 35); z dnia 27 października 2011 r., Tanoarch (C-504/10, EU:C:2011:707, pkt 51); z dnia 22 maja 2008 r., Amplificientifica i Amplifin (C-162/07, EU:C:2008:301, pkt 28).

21 W przedmiocie mającego pośrednie zastosowanie prawa podatkowego wyroki: z dnia 22 listopada 2017 r., Cussens i in. (C-251/16, EU:C:2017:881, pkt 53); z dnia 17 grudnia 2015 r., WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, pkt 36); z dnia 21 lutego 2008 r., Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, pkt 45); w zakresie zastosowania tzw. dyrektywy w sprawie opodatkowania połączeń podobnie: wyrok z dnia 10 listopada 2011 r., FOGGIA-Sociedade Gestora de Participações Sociais (C-126/10, EU:C:2011:718, pkt 35, 36).

występują najczęściej i ponadto zostały one wyraźnie wymienione w nowym art. 6 dyrektywy 2016/1164. Także sam Trybunał w jednym z ostatnich orzeczeń dostrzega w czysto sztucznym charakterze działań tylko okoliczność świadcząca o tym, iż uzyskanie korzyści podatkowej stanowi zasadniczy cel [utworzenia danej struktury]<sup>22</sup>.

## **2. Kryteria mające zastosowanie w niniejszym przypadku**

### **a) W przedmiocie istnienia całkowicie sztucznej struktury**

65. W niniejszym przypadku trudno byłoby uznać, że mamy do czynienia z czysto sztuczną strukturą, oderwaną od realiów gospodarczych. Przemawia przeciwko temu fakt wynajęcia pomieszczeń biurowych oraz zatrudnienie pracowników, a także uzyskiwane przychody i ponoszone wydatki związane z działalnością. Zgodnie z postanowieniem o zwróceniu się z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym spółka X Sweden zatrudnia od początku 2007 r. dziesięciu pracowników i podjęła czynności związane z rejestracją produktów we właściwych urzędach i inne działania zarządcze. W ten sposób spółka X Sweden brała rzeczywiście udział w obrocie gospodarczym, o czym świadczą też dochody z odsetek i inne dochody.

66. Zestawienie dochodów (według sądu odsyłającego dochody te składały się w ok. 98% z płatności z tytułu odsetek i w 2% z pozostałych dochodów) nie może stanowić dowodu przeciwko spółce. Jak Trybunał niedawno rozstrzygnął, fakt, że działalność spółki polega wyłącznie na zarządzaniu aktywami, a dochody pochodzą tylko z tej działalności zarządczej, nie oznacza jeszcze, że mamy do czynienia z czysto sztuczną, oderwaną od wszelkich realiów gospodarczych strukturą<sup>23</sup>, tym bardziej gdy spółka osiąga inne dochody. Sąd krajowy w swym wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym nie zawarł bardziej szczegółowych informacji świadczących o tym, że te działania są prowadzone wyłącznie na papierze.

67. Uwzględniając okoliczność, iż w szczególności spółki zarządzające majątkiem mogą per se prowadzić jedynie ograniczoną działalność, kryterium temu należy przypisać także tylko niewielkie znaczenie. Jeśli faktycznie doszło do skutecznego założenia [spółki], spółka jest faktycznie osiągalna w swojej siedzibie i dysponuje na miejscu odpowiednimi środkami rzeczowymi i osobowymi, aby osiągnąć swój cel (w niniejszym przypadku zarządzanie umowami pożyczek i dokonywanie innych czynności), wówczas nie może być mowy o strukturze oderwanej od realiów gospodarczych.

68. Jednakże moim zdaniem nie wyklucza to możliwości istnienia struktury podatkowej mającej znamiona nadużycia, na co wskazuje także brzmienie nowego art. 6 dyrektywy 2016/1164.

### **b) Pozapodatkowe powody wymagające uwzględnienia**

69. W niniejszej sprawie decydujące znaczenie mają inne kryteria, w szczególności należy wziąć pod uwagę względy pozapodatkowe.

<sup>22</sup> Tak również wyraźnie wyrok z dnia 22 listopada 2017 r., Cussens i in. (C-251/16, EU:C:2017:881, pkt 60).

<sup>23</sup> Wyrok z dnia 20 grudnia 2017 r., Deister Holding i Juhler Holding (C-504/16 i C-613/16, EU:C:2017:1009, pkt 73).

70. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału okoliczność ustanowienia statutowej lub rzeczywistej siedziby spółki w zgodzie z ustawodawstwem państwa członkowskiego w celu korzystania z korzystniejszych przepisów nie stanowi sama w sobie znamienia nadużycia<sup>24</sup>. Samo włączenie luksemburskich i szwedzkich spółek w rozpatrywaną w niniejszej sprawie transakcję przedsiębiorstwa z zagranicznymi inwestorami nie może zatem stanowić podstawy do wyciągnięcia wniosku, że mamy do czynienia z nadużyciem.

71. Ponadto, gdy podatnikowi przysługuje wybór pomiędzy dwiema możliwościami, nie jest on zobowiązany do dokonania wyboru tej, z którą wiąże się zapłata wyższego podatku, lecz, przeciwnie, przysługuje mu prawo do dokonania wyboru takiej struktury swojej działalności, poprzez którą ograniczy swoje zobowiązanie podatkowe<sup>25</sup>. Tak więc – zdaniem Trybunału – podatnikowi przysługuje co do zasady swoboda wyboru struktur organizacyjnych i sposobów dokonywania czynności, które uważają oni za najbardziej właściwe dla potrzeb swojej działalności gospodarczej i do celów ograniczenia obciążeń podatkowych<sup>26</sup>. Dokonanie w okolicznościach niniejszej sprawy wyboru takiej struktury transakcji, która nie skutkuje najwyższym możliwym obciążeniem podatkowym (w tym wypadku dodatkowym i ostatecznym obciążeniem podatkiem u źródła), nie może więc zostać uznane za nadużycie.

72. Ponadto – abstrahując od istnienia całkowicie sztucznych i oderwanych od realiów gospodarczych struktur – fakt, że osoba fizyczna lub prawna mająca przynależność unijną zamierzała odnieść pożytek z korzystniejszego systemu podatkowego obowiązującego w państwie członkowskim innym niż to, w którym ma ona miejsce zamieszkania lub siedzibę, nie daje sam w sobie podstaw do pozbawienia jej możliwości powołania się na postanowienia traktatu<sup>27</sup>. Dlatego struktura transakcji – jak w okolicznościach niniejszej sprawy – która obejmuje państwo członkowskie, które rezygnuje z opodatkowania u źródła, nie może sama w sobie zostać uznana za świadczącą o istnieniu nadużycia.

73. Z tego punktu widzenia swoboda działalności gospodarczej obejmuje także dokonanie wyboru tego państwa członkowskiego, które oferuje danemu przedsiębiorstwu najkorzystniejsze z jego punktu widzenia podatkowe warunki ramowe. Jeżeli zasada ta ma zastosowanie do znacznie mocniej zharmonizowanych przepisów dotyczących VAT<sup>28</sup>, tym bardziej powinna ona obowiązywać w zakresie dotyczącym zharmonizowanych w mniejszym zakresie przepisów dotyczących podatków dochodowych, w przypadku których różnicowanie prawa podatkowego<sup>29</sup> poszczególnych państw członkowskich jest bądź celem zamierzonym w prawie Unii, bądź jest ono świadomie tolerowane politycznie.

24 Zobacz wyroki: z dnia 25 października 2017 r., Polbud – Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804, pkt 40); z dnia 30 września 2003 r., Inspire Art, C-167/01, EU:C:2003:512, pkt 96); z dnia 9 marca 1999 r., Centros, C-212/97, EU:C:1999:126, pkt 27).

25 Wyroki: z dnia 17 grudnia 2015 r., WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, pkt 42); z dnia 22 grudnia 2010 r., Weald Leasing (C-103/09, EU:C:2010:804, pkt 27); z dnia 21 lutego 2008 r., Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, pkt 47), i z dnia 21 lutego 2006 r., Halifax i in. (C-255/02, EU:C:2006:121, pkt 73).

26 Wyroki: z dnia 17 grudnia 2015 r., WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, pkt 42); z dnia 22 grudnia 2010 r., RBS Deutschland Holdings (C-277/09, EU:C:2010:810, pkt 53).

27 Wyrok z dnia 12 września 2006 r., Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, pkt 36); zob. także wyrok z dnia 11 grudnia 2003 r., Barbier (C-364/01, EU:C:2003:665, pkt 71).

28 Wyroki: z dnia 17 grudnia 2015 r., WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, pkt 42); z dnia 22 grudnia 2010 r., RBS Deutschland Holdings (C-277/09, EU:C:2010:810, pkt 53).

29 Zobacz wyrok z dnia 12 września 2006 r., Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, pkt 36); co do dozwolonych prawem Unii rozbieżności pomiędzy zasadami prawa podatkowego w zharmonizowanym prawie podatkowym także wyrok z dnia 17 grudnia 2015 r., WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, pkt 39, 40).



74. Ponadto Trybunał wyjaśnił, iż – w świetle podstawowych swobód, które są także istotne w niniejszej sprawie, sam fakt, iż spółka będąca rezydentem otrzymuje pożyczkę od spółki powiązanej mającej siedzibę w innym państwie członkowskim, nie może uzasadniać ogólnego domniemania nadużycia i usprawiedliwiać środki naruszające wykonywanie swobód podstawowych zagwarantowanych przez traktat<sup>30</sup>. Zatem także różnego rodzaju umowy pożyczki zawierane między spółkami dominującymi, spółkami zależnymi i spółkami w dalszej kolejności zależnymi niższego rzędu w okolicznościach niniejszej sprawy nie stanowią same w sobie nadużycia.

75. Trybunał wyjaśnił także, iż przewidziane w prawie Unii zwolnienie dywidend z opodatkowania nie jest zależne od pochodzenia czy miejsca rezydencji podatkowej właściciela udziałów, gdyż nie przewidziano tego w żaden sposób w dyrektywie w sprawie wspólnego systemu opodatkowania spółek dominujących i zależnych różnych państw członkowskich<sup>31</sup>. Również dyrektywa 2003/49 nie przewiduje tego rodzaju różnicowania. Fakt, iż właścicielem udziałów w spółce X-Sweden jest spółka szwedzka (X-Sweden Holding), której udziałowcem jest spółka luksemburska (X S.C.A.), której udziałowcami z kolei są fundusze kapitałowe z państwa trzeciego, nie ma zatem sam w sobie znamion nadużycia.

76. W niniejszej sprawie, moim zdaniem, w ramach całościowej oceny decydujące znaczenie ma jeszcze geneza struktury uznanej za mającą znamiona nadużycia. Zgodnie z informacjami [udzielonymi przez] strony na rozprawie, ze względu na obowiązujące w Danii ustawodawstwo podatkowe w przeszłości korzystne było nabycie przez zagranicznego inwestora spółek operacyjnych w Danii za pośrednictwem duńskiej (finansowanej z kredytów/pożyczek) spółki nabywającej. Nabycie grupy duńskich spółek nastąpiło w 2005 r. Owo ustawodawstwo zostało później (w 2006 r.) zmienione przez Danię na mniej korzystne w taki sposób, że wprowadzono odpowiedni podatek u źródła, który skutkował dodatkowym i ostatecznym obciążeniem podatkowym.

77. Każde państwo ma prawo zmienić obowiązujące przepisy podatkowe. Jednak to zmienia także podstawy kalkulacji gospodarczej podmiotów uczestniczących [w obrocie gospodarczym]. Próba utrzymania pierwotnej podstawy kalkulacji transakcji (w niniejszym przypadku, nabycia operacyjnej spółki duńskiej za pośrednictwem zagranicznego inwestora) nie stanowi moim zdaniem nadużycia. Od każdego przedsiębiorcy można oczekiwać, że będzie ono dokonywało kalkulacji gospodarczej.

### **c) W przedmiocie obejścia celu ustawy**

78. W niniejszej sprawie istotniejsze znaczenie ma jednak fakt, że faktyczni inwestorzy – w niniejszym przypadku fundusze kapitałowe, traktowane jako podatkowo transparentne lub nietransparentne – mają często swoje siedziby w określonych państwach trzecich (co do zasady na pewnych małych wyspach, takich jak Kajmany<sup>32</sup>, Bermudy<sup>33</sup> czy wyspa Jersey<sup>34</sup>). To może wskazywać *niezwykle jako całość sposób postępowania*, którego uzasadnienie gospodarcze na pierwszy rzut oka nie jest zrozumiałe. Fundusze kapitałowe mogłyby mieć także siedziby w innych państwach, w szczególności – jak podkreślił to przedstawiciel skarżącej na rozprawie – jeżeli już i tak są traktowane jak podatkowo transparentne.

30 Wyroki: z dnia 13 marca 2007 r., Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, pkt 73); z dnia 12 września 2006 r., Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, pkt 50); zob. także w tym zakresie wyroki: z dnia 4 marca 2004 r., Komisja/Francja (C-334/02, EU:C:2004:129, pkt 27); z dnia 26 września 2000 r., Komisja/Belgia (C-478/98, EU:C:2000:497, pkt 45).

31 Wyrok z dnia 20 grudnia 2017 r., Deister Holding i Juhler Holding (C-504/16 i C-613/16, EU:C:2017:1009, pkt 66).

32 Tak w sprawie C-119/16.

33 Tak w sprawie C-117/16.

34 Tak w sprawie C-299/16.

79. W tym względzie w całej konstrukcji można dostrzec strukturę mającą znamiona nadużycia w mniejszym stopniu z powodu „włączenia” spółek luksemburskich i szwedzkich, a bardziej z powodu „zainstalowania” funduszy kapitałowych w określonych państwach trzecich. Tutaj szczególne znaczenie ma cel struktury bądź cel obchodzonej ustawy podatkowej (tutaj opodatkowanie w Danii).

*1) Obejście opodatkowania duńskim podatkiem dochodowym?*

80. Najpierw należy stwierdzić, że Dania nie została pozbawiona możliwości opodatkowania zysku nabytych spółek operacyjnych. Zysk ten został na normalnych zasadach opodatkowany w państwie siedziby (to jest w Danii).

81. Także zysk spółki mającej siedzibę w Danii spółki dominującej (X Denmark) został w całości tam opodatkowany. Zmniejszenie owego zysku o wypłatę odsetek na rzecz inwestorów ze Szwecji jest zgodne z zasadą opodatkowania według zdolności finansowej i okolicznością, iż Dania uznaje owe odsetki w pełnej wysokości za koszty operacyjne.

82. Odsetki te zostały opodatkowane w Szwecji jako przychody przedsiębiorstwa prowadzonego przez szwedzką spółkę. Fakt, iż w Szwecji, ze względu na przepisy dotyczące grup podatkowych płatności z tytułu odsetek dla udziałowca w spółce X Sweden Holding, zostały z kolei potraktowane jako koszty operacyjne, stanowi również tam wyraz zgodności z zasadą opodatkowania według zdolności finansowej podatnika. Szwecja opodatkowuje w tym względzie tylko różnicę pomiędzy odsetkami, które zostały wypłacone z Danii, a odsetkami płaconymi do spółki X SCA w Luksemburgu. To samo dotyczyło co do zasady spółki X SCA, której dochody z odsetek podlegają opodatkowaniu w Luksemburgu.

83. Obie spółki szwedzkie podlegają w Szwecji nieograniczonemu obowiązkowi podatkowemu i podlegają w tym kraju opodatkowaniu podatkiem dochodowym od osób prawnych. Tym samym są spełnione przesłanki ustanowione w art. 3 lit. a) ppkt (iii) dyrektywy 2003/49. Ponadto należy stwierdzić, iż z żadnego przepisu dyrektywy 2003/49 nie wynika, że faktyczne opodatkowanie właściciela [odsetek] (w tym wypadku spółek szwedzkich) w określonej wysokości stanowi przesłankę zwolnienia [z podatku]. Jeśli w państwie rezydencji właściciel [odsetek] wykazuje odpowiednio wysokie koszty (czy też straty przeniesione z poprzednich lat), nie prowadzi to do konkretnego opodatkowania, jednakże podatnik ten podlega opodatkowaniu podatkiem dochodowym od osób prawnych. Dlatego też jest on objęty zakresem zastosowania dyrektywy 2003/49, a jego dochody z tytułu odsetek będą wówczas także opodatkowane „w państwie członkowskim”. Tak jest również w przypadku, gdy w państwie rezydencji właściciela [odsetek] istnieje tylko niewielkie obciążenie podatkiem od osób prawnych i nie ma w ogóle opodatkowania u źródła. Co do zasady to samo dotyczy luksemburskiej spółki X SCA, przy czym poniżej (pkt 91 i nast.) zostały bliżej omówione odrębności spółki SICAR.

84. Owo efektywne opodatkowanie, które może być niskie lub wręcz żadne, jest skutkiem autonomii podatkowej danego państwa. Skoro na skutek braku harmonizacji podatków dochodowych jest dozwolona w prawie Unii konkurencja podatkowa pomiędzy państwami członkowskimi, nie można zarzucać podatnikowi, że w rzeczywistości (to znaczy nie tylko na papierze) czyni użytek z oferowanych przez poszczególne państwa członkowskie korzyści związanych z daną lokalizacją.

## 2) Zapobieganie wykorzystywaniu transgranicznych deficytów w wymianie informacji

85. Po przyjrzeniu się dokładniej niniejszej sprawie należy stwierdzić, że na skutek włączenia spółek luksemburskich unika się „tylko” opodatkowania u źródła wypłat odsetek w Danii. Trybunał orzekł zaś już, że w przypadku opodatkowania u źródła opodatkowany pozostaje właśnie odbiorca dochodów (tutaj odsetek)<sup>35</sup>. Następuje to w ten sposób, że w momencie wypłaty część dochodu jest potrącana już u źródła przez płatnika.

86. Opodatkowanie u źródła w państwie rezydencji dłużnika odsetek nie stanowi tym samym swoistego rodzaju podatku, lecz jest szczególną techniką opodatkowania mającą co do zasady zapewnić (minimalne) opodatkowanie odbiorcy odsetek. W szczególności bowiem w przypadku stanów faktycznych zawierających element transgraniczny nie zawsze można mieć pewność, że spółka będąca odbiorcą [odsetek] sama należycie opodatkuje swoje dochody. Co do zasady państwo rezydencji odbiorcy odsetek bowiem rzadko kiedy dowiadyuje się czegokolwiek o jego dochodach uzyskanych za granicą, jeżeli nie istnieją – jak ma to miejsce w Unii – funkcjonujące systemy wymiany informacji między organami administracji finansowej.

87. Aby można było zatem stwierdzić mające znamiona nadużycia obejście celu ustawy (polegającego na zapewnieniu opodatkowania odbiorcy odsetek) konieczne jest spełnienie dwóch przesłanek. Po pierwsze, w przypadku bezpośredniej wypłaty, w ogóle musi istnieć roszczenie państwa duńskiego o zapłatę podatku (zob. pkt 102 i nast.). Po drugie, musi występować niebezpieczeństwo nieopodatkowania z powodu nieobjęcia tych dochodów [podatkiem] faktycznym w państwie odbiorcy.

88. Jeżeli zatem okazałoby się, że przyczyną wyboru danej struktury transakcji była możliwość dokonywania wypłat odsetek na rzecz inwestorów za pośrednictwem państwa trzeciego po to, aby ich państwa rezydencji nie uzyskały informacji o ich dochodach, to moim zdaniem w takiej całościowej konstrukcji należałoby upatrywać nadużycia prawa.

89. Takie domniemanie istnienia nadużycia może jednak zostać obalone, w przypadku gdy fundusze kapitałowe udostępniają odpowiednie informacje podatkowe państwom rezydencji inwestorów lub państwo rezydencji funduszy kapitałowych dysponuje odpowiednimi informacjami i przekazuje je dalej do odpowiednich państw. Taka struktura przedsiębiorstwa nie podważałaby celu unikniętego opodatkowania u źródła (odnośnie do tego zob. pkt 86 powyżej). Również to musi zostać uwzględnione przez Sąd w dokonywanej przezeń całościowej ocenie.

### **d) Odpowiedź na pytanie czwarte**

90. W wypadku unikania opodatkowania u źródła wypłat odsetek na rzecz funduszy kapitałowych z siedzibą w państwach trzecich w pierwszej kolejności unika się opodatkowania dochodu z odsetek u faktycznych odbiorców odsetek (to znaczy inwestorów). W szczególności można przyjąć, że mamy do czynienia z nadużyciem, jeżeli celem wybranej struktury przedsiębiorstwa jest wykorzystanie pewnych deficytów w wymianie informacji pomiędzy zaangażowanymi państwami po to, aby zapobiec efektywnemu opodatkowaniu odbiorców odsetek.

<sup>35</sup> Wyroki: z dnia 24 czerwca 2010 r., P. Ferrero i General Beverage Europe (C-338/08 i C-339/08, EU:C:2010:364, pkt 26, 34); z dnia 26 czerwca 2008 r., Burda (C-284/06, EU:C:2008:365, pkt 52).

### C. Płatności na rzecz SCA, SICAR (pytanie piąte i piąte pkt 1)

91. Pytanie piąte należy zadać tylko wtedy, gdyby za właściciela odsetek zostały uznane nie szwedzkie spółki czy też fundusze kapitałowe, lecz pośrednicząca pomiędzy nimi spółka luksemburska. Najwyraźniej na okoliczność takiego wypadku sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy dyrektywa 2003/49 znajduje zastosowanie do odsetek wypłacanych spółce luksemburskiej mającej formę spółki komandytowo-akcyjnej (*société en commandite par actions*, SCA), jeśli jest ona również traktowana w sposób wysoce uprzywilejowany z podatkowego punktu widzenia, jako spółka inwestycyjna o kapitale podwyższonego ryzyka (*société d'investissement en capital à risque*, ICAR).

92. Przywilej ten polega na tym, że SCA, której status SICAR został zatwierdzony przez urząd nadzoru finansowego, podlega wprawdzie opodatkowaniu podatkiem dochodowym od osób prawnych, ale jej dochody z papierów wartościowych oraz ze sprzedaży, wpłat na lub umorzenia tych papierów wartościowych są zwolnione z podatku dochodowego od osób prawnych. Jednakże z prawa luksemburskiego nie wynika, by dochody z tytułu odsetek od pożyczki również nie podlegały opodatkowaniu.

93. W tym względzie już z samego brzmienia art. 3 lit. a) ppkt (iii) dyrektywy 2003/49 w związku z załącznikiem do tej dyrektywy wynika, iż dyrektywa ta znajduje zastosowanie do spółki *société en commandite par actions* (SCA). Ponadto należy zauważyć, że żaden przepis dyrektywy 2003/49 nie stanowi, że warunkiem zwolnienia z podatku jest faktyczne opodatkowanie właściciela [odsetek] (tutaj spółek luksemburskich) określoną kwotą. Przedstawione przez Komisję propozycje zmian<sup>36</sup>, mające na celu powiązanie zwolnienia z opodatkowania nie tylko z faktem podlegania opodatkowaniu podatkiem od dochodów osób prawnych, ale również z „rzeczywistym” opodatkowaniem odsetek i dochodów z należności licencyjnych, nie zostały jeszcze wdrożone w praktyce.

94. Nie ma potrzeby rozstrzygnięcia w niniejszym przypadku, czy przyjmując wykładnię celowościową, można dojść do innego wniosku, w sytuacji gdy państwo członkowskie pozwala, by spółka mająca formę określoną w załączniku do dyrektywy 2003/49 podlegała wprawdzie opodatkowaniu podatkiem dochodowym od osób prawnych, dopuszczając jednocześnie zwolnienie z opodatkowania *wszystkich* dochodów objętych dyrektywą (tzn. odsetek i należności licencyjnych). Niewątpliwie „normalne” płatności odsetek nie są zwolnione z podatku od osób prawnych. Podobnie w tym konkretnym przypadku nie mają miejsca żadne wypłaty dywidend, przy okazji których również powstałaby kwestia ograniczenia zakresu stosowania dyrektywy poprzez wykładnię celowościową.

95. Fakt, że zwiększenie wartości aktywów spółki SICAR nie będzie opodatkowane w przypadku późniejszej sprzedaży, stanowi w rezultacie (jeśli w ogóle wystąpi zwiększenie wartości aktywów) jedynie obniżenie podatku od osób prawnych w stosunku do tej spółki. Zgodnie z jednoznacznym w tym zakresie brzmieniem art. 3 lit. a) ppkt (iii), jedynie zwolnienie SCA z podatku dochodowego od osób prawnych wyłączałoby tę spółkę z zakresu zastosowania dyrektywy, skutku takiego nie ma natomiast obniżenie tego podatku.

96. Nie budzi to również wątpliwości w kontekście realizowanego przez dyrektywę 2003/49 celu. Jak opisano powyżej (pkt 86 i nast.), celem tym jest unikanie podwójnego opodatkowania i zapewnienie równości traktowania w zakresie opodatkowania między krajowymi i transgranicznymi transakcjami dokonywanymi pomiędzy spółkami powiązаныmi. Jednocześnie należy zapewnić jednokrotne opodatkowanie w danym państwie członkowskim. Dotyczy to również sytuacji, w której Luksemburg stosuje jedynie bardzo niską (lub obniżoną) stawkę podatku od osób prawnych.

<sup>36</sup> Artykuł 1 nr 1 wniosku dotyczącego dyrektywy Rady zmieniającej dyrektywę 2003/49/WE w sprawie wspólnego systemu opodatkowania stosowanego do odsetek oraz należności licencyjnych między powiązаныmi spółkami różnych państw członkowskich z dnia 30 grudnia 2003 r., COM(2003) 841 wersja ostateczna, 2003/0331 (CNS) oraz z dnia 11 listopada 2011 r., COM(2011) 714 final, 2011/0314 (CNS).

97. W związku z tym, w odpowiedzi na pytanie piąte i piąte pkt 1, należy stwierdzić, że wypłaty odsetek od pożyczki udzielonej luksemburskiej spółce SCA wchodzą w zakres zastosowania dyrektywy 2003/49 także wtedy, gdy spółka ta została uznana za spółkę SICAR w kraju swojej siedziby.

#### **D. Ocena podmiotowości odbiorcy odsetek na gruncie prawa podatkowego (pytanie piąte pkt 2)**

98. W związku z tym w pytaniu piątym pkt 2 sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy zakres zastosowania dyrektywy 2003/49 może zależeć również od tego, czy państwo źródła, zgodnie ze swoją wykładnią norm krajowych, uważa spółkę otrzymującą odsetki za podmiot nietransparentny pod względem prawa podatkowego (tzn. jako odrębny podmiot krajowego prawa podatkowego).

99. Nie jest jednak jasne, dlaczego SCA – która została wyraźnie wymieniona w załączniku do dyrektywy 2003/49 – powinna być uważana za spółkę transparentną. Dyrektywa ustanawia wymóg, aby spółka otrzymująca odsetki podlegała krajowemu podatkowi dochodowemu (w przypadku Luksemburga – *impôt sur le revenu des collectivités* – podatkowi dochodowemu od osób prawnych), co byłoby wykluczone w przypadku uznania tej spółki za transparentną podatkowo. Nie zmienia tego faktu nawet szczególne traktowanie tej spółki jako SICAR. W rezultacie państwo członkowskie nie może zakwestionować zakresu zastosowania dyrektywy 2003/49 poprzez to, iż podważa podmiotowość podatkową spółek mających jedną z form wymienionych w załączniku do dyrektywy 2003/49.

100. Zatem na pytanie piąte pkt 2 należy odpowiedzieć, że dla możliwości skorzystania ze zwolnienia z opodatkowania u źródła na mocy dyrektywy 2003/49 nie ma znaczenia to, czy państwo źródła uznaje spółkę otrzymującą odsetki za transparentną, jeżeli jest ona wyraźnie wymieniona w załączniku do dyrektywy 2003/49.

#### **E. Wskazanie faktycznego właściciela [odsetek] (pytanie szóste)**

101. Zadając pytanie szóste, sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy państwo członkowskie, które nie chce uznać, że odbiorca odsetek jest również właścicielem [odsetek] w rozumieniu dyrektywy 2003/49, gdyż jest tylko tak zwaną sztuczną spółką pośredniczącą, jest zobowiązane do udzielenia informacji o tym, kogo uznaje za faktycznego właściciela [odsetek]. Poruszona przez sąd odsyłający kwestia w istocie dotyczy ciężaru dowodu istnienia nadużycia.

102. Aby móc uznać, że mamy do czynienia z nadużyciem prawnej swobody kształtowania [stosunków między podatnikami], należy założyć, że została wybrana prawna struktura odbiegająca od tej zwykle wybieranej, która prowadzi do wyniku „korzystniejszego” niż struktura „normalna”. W niniejszej sprawie za „normalną strukturę” należałoby uznać bezpośrednią umowę pożyczki między inwestorami a skarżącą w postępowaniu głównym, zawartą w celu nabycia spółki celowej.

103. Co do zasady to organy administracji podatkowej muszą wyjaśnić, czy wybrany sposób postępowania jest z punktu widzenia prawa podatkowego korzystniejszy niż zwykła struktura, przy czym podatnicy mogą podlegać szczególnemu obowiązkowi współdziałania. Jednakże podatnik może wówczas przedstawić „dowody dotyczące względów handlowych, które leżały u podstaw danej transakcji”<sup>37</sup>. Jeśli okaże się, że zasadniczym celem stworzenia danej struktury<sup>38</sup> nie jest uniknięcie opodatkowania, które normalnie byłoby należne, wybrany sposób działania nie może zostać uznany za mający znamiona nadużycia, zwłaszcza że państwo samo daje podatnikowi możliwość swobodnego kształtowania [stosunków z innymi podmiotami].

37 Wyrok z dnia 13 marca 2007 r., *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* (C-524/04, EU:C:2007:161, pkt 92).

38 Wyroki: z dnia 22 listopada 2017 r., *Cussens i in.* (C-251/16, EU:C:2017:881, pkt 53); z dnia 17 grudnia 2015 r., *WebMindLicenses* (C-419/14, EU:C:2015:832, pkt 36); z dnia 21 lutego 2008 r., *Part Service* (C-425/06, EU:C:2008:108, pkt 45).

104. Z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości<sup>39</sup> wynika, że skutkiem stwierdzenia zachowania o znamionach nadużycia jest określenie sytuacji, jaka istniałaby w braku transakcji mających znamiona takiego zachowania, a następnie ocena tej przekwalifikowanej sytuacji w świetle właściwych przepisów prawa krajowego i prawa Unii. W tym celu należy mieć pewność co do tożsamości faktycznego właściciela [odsetek].

105. Tym samym z punktu widzenia duńskich przepisów z nadużyciem w rozumieniu art. 5 dyrektywy 2003/49 możemy mieć do czynienia tylko wówczas, gdy w przypadku bezpośredniej wypłaty odsetek nastąpiłoby odpowiednie opodatkowanie w Danii. Według prawa duńskiego jest to jednak wykluczone, jeżeli, abstrahując od tzw. spółek pośredniczących (w tym wypadku byłyby to spółki X Sweden, X Sweden Holding oraz X S.C.A.) faktycznym odbiorcą odsetek okazałaby się również spółka mająca siedzibę w innym państwie członkowskim lub odbiorca odsetek byłby rezydentem państwa, z którym Dania zawarła umowę o unikaniu podwójnego opodatkowania. Jeżeli fundusze kapitałowe faktycznie należałoby uznać za spółki transparentne podatkowo, aby w ogóle móc odpowiedzieć na to pytanie, należałoby opierać się każdorazowo na konkretnych inwestorach.

106. Na pytanie szóste można zatem odpowiedzieć, że do stwierdzenia, iż doszło do nadużycia, co do zasady konieczne jest, aby państwo członkowskie, które nie chce uznać tego, że spółka będąca rezydentem innego państwa członkowskiego, na rzecz której zostały wypłacone odsetki, jest właścicielem [odsetek], udzieliło informacji w przedmiocie tego, kto jego zdaniem jest faktycznym właścicielem [odsetek]. Jest to konieczne do tego, aby móc stwierdzić, czy dzięki strukturze uznanej za mającą znamiona nadużycia, w ogóle można osiągnąć korzystniejszy z punktu widzenia prawa podatkowego rezultat. W przypadku stanów faktycznych zawierających element transgraniczny podatek może jednak zostać w tym celu zobowiązany do współdziałania w szerszym zakresie.

#### **F. W przedmiocie powołania się na art. 5 dyrektywy 2003/49 (pytania od drugiego do trzeciego)**

107. W pytaniach drugim, drugim pkt 1 i trzecim sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy (1) Dania może bezpośrednio powołać się na art. 5 dyrektywy 2003/49 w celu odmowy zwolnienia podatnika z podatku. W przeciwnym razie należy wyjaśnić, czy (2) Dania dokonała w rozpatrywanym prawie krajowym w wystarczającym stopniu transpozycji art. 5 dyrektywy 2003/49.

#### ***1. Brak możliwości bezpośredniego zastosowania dyrektywy w celu nałożenia obowiązków na jednostkę***

108. Jeżeli, stosując wyżej wskazane kryteria, należałoby stwierdzić, że doszło do nadużycia w rozumieniu art. 5 dyrektywy 2003/49, należy podkreślić, że niniejsza sprawa wyróżnia się tym, iż w prawie duńskim nie przewidziano żadnego szczególnego przepisu transponującego art. 5 dyrektywy 2003/49. Zdaniem sądu odsyłającego nie istniał również ogólny przepis ustawy dotyczący zapobiegania nadużyciom. Skarżąca w postępowaniu głównym uważa zatem w szczególności, że nawet w przypadku przyjęcia, że doszło do nadużycia, nie może ona zostać pozbawiona zwolnienia z podatku przewidzianego w prawie krajowym.

<sup>39</sup> Wyroki: z dnia 22 listopada 2017 r., Cussens i in. (C-251/16, EU:C:2017:881, pkt 47); z dnia 17 grudnia 2015 r., WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, pkt 52); z dnia 21 lutego 2008 r., Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, pkt 58).

109. Nie zawsze jest jednak konieczne formalne powtórzenie przepisów dyrektywy (tutaj art. 5 dyrektywy 2003/49) w szczególnych przepisach krajowych. Co więcej, transpozycja dyrektywy może w zależności od jej treści zostać dokonana poprzez odwołanie się do ogólnego kontekstu prawnego, w tym poprzez odwołanie się do ogólnych zasad krajowego prawa konstytucyjnego lub administracyjnego, pod warunkiem że zostanie zapewnione w sposób wystarczająco jasny i precyzyjny pełne stosowanie przepisów dyrektywy<sup>40</sup>.

110. Zwracając się o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, sąd odsyłający wspomina o istnieniu dwóch zasad (o tak zwanej doktrynie realizmu i zasadzie „podmiotu rzeczywiście uzyskującego dochód”). Jednakże uczestnicy są zgodni co do tego, że nie znajdują one tu zastosowania, gdyż w rzeczywistości formalnie odsetki były faktycznie najpierw płacone na rzecz spółek luksemburskich.

111. Artykuł 5 dyrektywy 2003/49 zezwala jednak państwom członkowskim na podjęcie odpowiednich środków w celu zwalczania nadużyć. Podejście takie odpowiada także praktyce przyjętej w całej Unii. Prawie wszystkie państwa członkowskie opracowały odpowiednie narzędzia do obrony przed nadużyciami prawa popełnianymi w celu unikania opodatkowania<sup>41</sup>. Stąd również pomiędzy krajowymi porządkami prawa podatkowego istnieje zgoda co do tego, że stosowanie prawa nie może obejmować tolerowania stosowanych przez podmioty gospodarcze praktyk mających znamiona nadużycia. Owa uznawana w całej Unii zasada<sup>42</sup> znajduje obecnie odzwierciedlenie również w art. 6 dyrektywy 2016/1164.

112. W tym względzie wszystkie przepisy krajowe, niezależnie od tego, czy zostały one przyjęte w celu transpozycji dyrektywy 2003/49 czy też nie, należy interpretować i stosować zgodnie z tą ogólną zasadą prawną, a w szczególności zgodnie z brzmieniem i celami dyrektywy 2003/49 i jej art. 5<sup>43</sup>. Przyjęciu zgodnej z prawem Unii wykładni prawa krajowego nie stoi na przeszkodzie okoliczność, że wykładnia taka może okazać się niekorzystna dla jednostki. Stosowanie prawa Unii za pośrednictwem przepisów prawa krajowego, czyli pośrednie stosowanie prawa Unii na niekorzyść jednostki jest bowiem dopuszczalne<sup>44</sup>.

113. Organy władz duńskich nie mogłyby tylko stosować art. 5 dyrektywy 2003/49 na niekorzyść skarżącej w sposób bezpośredni – także ze względów pewności prawa<sup>45</sup>. Państwo członkowskie nie może bowiem powoływać się wobec jednostki na postanowienia dyrektywy, których transpozycji nie dokonało<sup>46</sup>. Zgodnie bowiem z utrwalonym orzecznictwem dyrektywa nie może sama z siebie

40 Zobacz podobnie utrwalone orzecznictwo, przykładowo wyroki: z dnia 5 lipca 2007 r., Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, pkt 44); z dnia 6 kwietnia 2006 r., Komisja/Austria (C-428/04, EU:C:2006:238, pkt 99); z dnia 16 czerwca 2005 r., Komisja/Włochy (C-456/03, EU:C:2005:388, pkt 51); moja opinia w sprawie Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, pkt 62).

41 W niektórych państwach członkowskich istnieją ogólne klauzule dotyczące zapobiegania nadużyciom, takie jak, w Republice Federalnej Niemiec § 42 Abgabenordnung (ordynacji podatkowej), w Luksemburgu § 6 Steueranpassungsgesetz (ustawy o dostosowaniu podatkowym), w Belgii art. 344 § 1 code des impôts sur les revenus (kodyfikacji podatku dochodowego), w Szwecji art. 2 ustawy (1995:575) lub w Finlandii art. 28 ustawy o podatku dochodowym; w niektórych istnieją przepisy szczególne (jak w Danii odnośnie do cen transferowych w § 2 Ligningslovens – ustawy o naliczaniu podatku) lub ogólne zasady prawne (w Republice Federalnej Niemiec byłaby to zasada przewagi treści gospodarczej nad formą, którą można wyprowadzić m.in. z § 39 i nast. Abgabenordnung).

42 Zobacz m.in. wyroki: z dnia 22 listopada 2017 r., Cussens i in. (C-251/16, EU:C:2017:881, pkt 27); z dnia 21 lutego 2006 r., Halifax i in. (C-255/02, EU:C:2006:121, pkt 68); z dnia 3 marca 2005 r., Fini H (C-32/03, EU:C:2005:128, pkt 32); z dnia 14 grudnia 2000 r., Emsland-Stärke (C-110/99, EU:C:2000:695, pkt 51); z dnia 23 marca 2000 r., Diamantis (C-373/97, EU:C:2000:150, pkt 33).

43 Odnośnie do spoczywającego na sądach krajowych obowiązku dokonywania wykładni prawa krajowego zgodnie z dyrektywą zob. utrwalone orzecznictwo, a w szczególności wyroki: z dnia 4 lipca 2006 r., Adeneler i in. (C-212/04, EU:C:2006:443, pkt 108 i nast.); z dnia 5 października 2004 r., Pfeiffer i in. (od C-397/01 do C-403/01, EU:C:2004:584, pkt 113 i nast.); z dnia 10 kwietnia 1984 r., von Colson und Kamann (14/83, EU:C:1984:153, pkt 26).

44 Wyroki: z dnia 5 lipca 2007 r., Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, pkt 45); z dnia 7 stycznia 2004 r., Wells (C-201/02, EU:C:2004:12, pkt 57); z dnia 14 lipca 1994 r., Faccini Dori (C-91/92, EU:C:1994:292, pkt 20, 25, 26); z dnia 13 listopada 1990 r., Marleasing (C-106/89, EU:C:1990:395, pkt 6, 8); a także moja opinia w sprawie Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, pkt 65).

45 Zobacz podobnie wyrok z dnia 5 lipca 2007 r., Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, pkt 42).

46 Wyroki: z dnia 22 listopada 2017 r., Cussens i in. (C-251/16, EU:C:2017:881, pkt 49); z dnia 21 września 2017 r., DNB Banka (C-326/15, EU:C:2017:719, pkt 41); z dnia 5 lipca 2007 r., Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, pkt 42); z dnia 19 listopada 1991 r., Francovich i in. (C-6/90 i C-9/90, EU:C:1991:428, pkt 21), zob. też moja opinia w sprawie Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, pkt 66).

nakładać obowiązków na jednostkę i dlatego nie może ona być jako taka wobec niej powołana<sup>47</sup>. Takie państwo członkowskie samo zachowywałoby się w sposób „stanowiący nadużycie prawa”. Z jednej strony nie transponowałoby ono adresowanej do niego dyrektywy (mimo że mogłoby), a z drugiej strony powoływałoby się na zawartą w nieprzetransponowanej dyrektywie możliwość zwalczania nadużyć.

114. Także odpowiednie organy administracji nie mogą powoływać się wobec jednostki bezpośrednio na ogólną zasadę prawa Unii, zgodnie z którą nadużywanie prawa jest zakazane. W odniesieniu do przypadków objętych zakresem zastosowania dyrektywy 2003/49 zasada ta jest bowiem wyraźnie określona i skonkretyzowana w art. 5 ust. 2 dyrektywy<sup>48</sup>. Gdyby ponadto dopuszczalne było bezpośrednie stosowanie ogólnej zasady prawa, której treść jest w znacznie mniejszym stopniu jasna i precyzyjna, istniałoby niebezpieczeństwo, że osiągnięcie polegającego na harmonizacji celu realizowanego przez dyrektywę 2003/49 – i także przez wszystkie inne dyrektywy zawierające szczególne przepisy dotyczące zapobiegania nadużyciom (jak np. art. 6 dyrektywy 2016/1164) – byłoby zagrożone. Kolidowałoby to także ze wspomnianym już zakazem bezpośredniego stosowania na niekorzyść jednostek postanowień nieprzetransponowanych dyrektyw<sup>49</sup>.

## **2. Brak możliwości zastosowania orzecznictwa dotyczącego przepisów o podatku od towarów i usług**

115. Nie stoją temu na przeszkodzie orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości<sup>50</sup> w sprawach *Italmoda* i *Cussens*. Trybunał orzekł w nich, że zasada zakazu nadużyć powinna być interpretowana w ten sposób, iż niezależnie od środka krajowego nadającego jej skutek w wewnętrznym porządku prawnym zasada ta może być bezpośrednio stosowana w celu odmowy zwolnienia z VAT i nie sprzeciwiają się temu zasady pewności prawa i ochrony uzasadnionych oczekiwań.

116. Te dwa rozstrzygnięcia dotyczyły jednak wyłącznie przepisów o podatku VAT, czym różnią się od niniejszej sprawy. Po pierwsze, przepisy dotyczące VAT zostały w znacznie szerszym zakresie zharmonizowane przez prawo Unii i w większym zakresie dotyczą interesów Unii, ze względu na sprzężone z nimi finanse unijne, niż przepisy państw członkowskich dotyczące podatków dochodowych.

117. Po drugie, prawo Unii zobowiązuje państwa członkowskie, na podstawie art. 325 ust. 1 i 2 TFUE, do (skutecznego) poboru VAT<sup>51</sup>, podczas gdy nie jest tak w przypadku przepisów dotyczących podatków dochodowych. Do tego dochodzi szczególna podatność dziedziny VAT na oszustwa, co wymaga szczególnie efektywnego dochodzenia roszczeń podatkowych. W tym względzie sam Trybunał Sprawiedliwości w swoim ostatnim rozstrzygnięciu wprowadza rozróżnienie pomiędzy przepisami dotyczącymi VAT i wtórnym prawem Unii, które wyraźnie przewiduje możliwość zwalczania nadużyć<sup>52</sup>. Bezpośrednie stosowanie art. 5 dyrektywy 2003/49 na niekorzyść podatnika nie wchodzi zatem w rachubę<sup>53</sup>.

47 Wyrok z dnia 5 lipca 2007 r., *Kofoed* (C-321/05, EU:C:2007:408, pkt 42); moja opinia w sprawie *Kofoed* (C-321/05, EU:C:2007:86, pkt 65); też przykładowo wyrok z dnia 5 października 2004 r., *Pfeiffer i in.* (od C-397/01 do C-403/01, EU:C:2004:584, pkt 108 i przytoczone tam orzecznictwo).

48 Zobacz moja opinia w sprawie *Kofoed* (C-321/05, EU:C:2007:86, pkt 67); wyrok z dnia 5 lipca 2007 r., *Kofoed* (C-321/05, EU:C:2007:408, pkt 38 i nast.). Podobnie również moja opinia w sprawie *Satakunnan Markkinapörssi* oraz *Satamedia* (C-73/07, EU:C:2008:266, pkt 103).

49 W tym zakresie niejasny jest wyrok z dnia 22 listopada 2005 r., *Mangold* (C-144/04, EU:C:2005:709, pkt 74–77); zob. w tym względzie także moja opinia w sprawie *Kofoed* (C-321/05, EU:C:2007:86, pkt 67); jasny jest też wyrok z dnia 5 lipca 2007 r., *Kofoed* (C-321/05, EU:C:2007:408, pkt 42).

50 Wyroki: z dnia 22 listopada 2017 r., *Cussens i in.* (C-251/16, EU:C:2017:881); z dnia 18 grudnia 2014 r., *Schoenimport „Italmoda” Mariano Previti* (C-131/13, C-163/13 i C-164/13, EU:C:2014:2455).

51 Wyroki: z dnia 8 września 2015 r., *Taricco i in.* (C-105/14, EU:C:2015:555, pkt 36 i nast.); z dnia 26 lutego 2013 r., *Åkerberg Fransson* (C-617/10, EU:C:2013:105, pkt 26).

52 Podobnie wyrok z dnia 22 listopada 2017 r., *Cussens i in.* (C-251/16, EU:C:2017:881, pkt 28, 31, 38).

53 Podobnie Trybunał w wyroku z dnia 5 lipca 2007 r., *Kofoed* (C-321/05, EU:C:2007:408, pkt 42).



### 3. W przedmiocie istnienia szczególnego przepisu krajowego skierowanego przeciwko nadużyciom

118. Do sądu krajowego należy zbadanie, czy w niniejszym przypadku przy dokonywaniu zgodnej z prawem Unii wykładni znajdują zastosowanie ogólne przepisy lub zasady prawa krajowego (należą do nich także zasady wypracowane w orzecznictwie) i czy można na ich podstawie wyprowadzić możliwość pominięcia w kontekście skutków podatkowych czynności pozornych lub zakaz mającego znamiona nadużycia domagania się przyznania określonych korzyści podatkowych.

119. Wprawdzie zgodnie z orzecznictwem Trybunału ograniczenie swobody przedsiębiorczości można usprawiedliwić względami związanymi ze zwalczaniem praktyk stanowiących nadużycie jedynie wtedy, gdy szczególnym celem takiego ograniczenia jest ustanowienie przeszkody dla zachowań polegających na tworzeniu czysto sztucznych, oderwanych od realiów gospodarczych, struktur mających na celu unikanie uiszczenia podatku, który normalnie byłby należny z tytułu dochodu osiągniętego z działalności na terytorium krajowym<sup>54</sup>.

120. Z tego powodu na pytania drugie pkt 1 i trzecie można odpowiedzieć, że ani § 2 ust. 2 lit. d) duńskiej ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ani regulacje zawarte w umowie o unikaniu podwójnego opodatkowania, które odnośnie do opodatkowania odsetek przyjmują za punkt wyjścia właściciela [odsetek], nie są wystarczające, aby móc je traktować jako transpozycję art. 5 dyrektywy 2003/49.

121. Inaczej należy to jednak ocenić w kontekście zgodnego z prawem Unii stosowania w Danii tzw. doktryny realizmu i zasady „podmiotu faktycznie uzyskującego dochód”. Zostały one wypracowane właśnie po to, aby rozwiązać problem związany z faktem, iż prawo cywilne umożliwia tworzenie różnego rodzaju struktur, zaś prawo podatkowe opodatkowuje sytuacje gospodarcze. Owe zasady są w szczególności wymierzone przeciwko tworzeniu sztucznych struktur oraz nadużywaniu prawa przez jednostki i dlatego co do zasady stanowią one także wystarczająco szczególną podstawę prawną dla ograniczenia swobody przedsiębiorczości. W zakresie, w jakim skarżąca w postępowaniu głównym kilkakrotnie wskazywała na rozprawie na to, że Królestwo Danii nie dokonało wyraźnej transpozycji art. 5 dyrektywy 2003/49, byłoby to pozbawione znaczenia dla sprawy. Dokładniej musi to jednak ocenić sąd krajowy.

122. Opracowana w Danii „doktryna realizmu”, interpretowana w sposób zgodny z prawem Unii, mogłaby zatem wystarczyć jako podstawa do pomijania przy opodatkowaniu czysto sztucznych struktur lub struktur mających znamiona nadużycia – o ile takowe istnieją (zob. więcej w pkt 57 i nast.). „Doktryna realizmu” wydaje mi się być niczym innym niż szczególnego rodzaju gospodarczym punktem widzenia, który stanowi podstawę przepisów z zakresu obrony przed nadużyciami w większości państw członkowskich<sup>55</sup>. To jest także widoczne na poziomie prawa Unii, na przykład w art. 6 ust. 2 dyrektywy 2016/1164, zgodnie z którym uzgodnienie uznaje się za nierzeczywiste w zakresie, w jakim nie jest ono wprowadzane z uzasadnionych powodów handlowych, które odzwierciedlają rzeczywistość ekonomiczną. Tę ostatnią kwestię musi jednak ocenić sąd krajowy.

123. Jeżeli celem stworzenia danej struktury jest unikanie opodatkowania inwestorów, wówczas, pomimo formalnej wypłaty na rzecz spółek luksemburskich, z gospodarczego punktu widzenia wypłata następuje faktycznie na rzecz funduszy kapitałowych bądź ich inwestorów. Wypłata na rzecz spółek luksemburskich odzwierciedla nie gospodarczą, lecz jedynie cywilnoprawną (formalną) rzeczywistość.

<sup>54</sup> Wyroki: z dnia 18 czerwca 2009 r., Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377, pkt 64); z dnia 12 września 2006 r., Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, pkt 55); z dnia 13 marca 2007 r., Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, pkt 74).

<sup>55</sup> Bardzo często w państwach członkowskich za istotną uznaje się faktyczną treść danej czynności czy transakcji – tak jest np. w Finlandii, na Węgrzech, w Irlandii, we Włoszech, na Litwie, w Niderlandach, Portugalii i Słowenii.

## G. Naruszenie podstawowych swobód (pytania siódme i ósme)

124. Skoro szwedzką spółkę (X Sweden) należy co do zasady uznać za właściciela [odsetek] – jak zostało to wyjaśnione w pkt 34 i nast. – nie ma już potrzeby udzielania odpowiedzi na zadane przez sąd odsyłający pytania siódme i ósme.

125. Gdyby sąd odsyłający przy dokonywaniu zgodnej z prawem Unii wykładni zasad istniejących w prawie krajowym doszedł do wniosku, że ma do czynienia ze strukturą mającą znamiona nadużycia, istniałaby w pewnych okolicznościach możliwość opodatkowania u źródła. Niemniej jednak kwestia ta jest już bez znaczenia w niniejszym przypadku, gdyż takie opodatkowanie jest skutkiem nadużycia i zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału powoływanie się na normy prawa Unii po to, aby umożliwić popełnienie nadużycia, nie jest dozwolone<sup>56</sup>.

126. Niezależnie od powyższego Trybunał Sprawiedliwości orzekł już jednak, że zróżnicowane traktowanie krajowych i zagranicznych odbiorców odsetek ze względu na różne techniki opodatkowania dotyczy sytuacji, które nie są obiektywnie porównywalne<sup>57</sup>. Nawet gdyby uznać, że mamy do czynienia z porównywalnymi stanami faktycznymi, zgodnie z orzecznictwem Trybunału ograniczenie swobód podstawowych byłoby uzasadnione wówczas, gdyby duńskie opodatkowanie u źródła zagranicznego odbiorcy odsetek nie było wyższe niż duńskie opodatkowanie podatkiem dochodowym krajowego odbiorcy odsetek<sup>58</sup>.

127. To samo dotyczy przypadków zróżnicowanego oprocentowania bądź powstania duńskiego zobowiązania z tytułu duńskiego podatku dochodowego od osób prawnych dla odbiorcy odsetek i duńskiego zobowiązania do potrącenia [pobrania] podatku u źródła przez płacącego odsetki. Nie są to porównywalne stany faktyczne, ponieważ raz należy podatek *własny* (podatek dochodowy od osób prawnych), zaś innym razem potrącany i odprowadzany jest faktycznie *cudzy* podatek dla odbiorcy odsetek (jego podatek dochodowy od osób fizycznych lub prawnych). Zróżnicowanie odnośnie do powstania zobowiązania podatkowego i stopy oprocentowania wynika z zastosowania różnych technik i uwzględnienia funkcji, jaką pełni opodatkowanie u źródła (zob. pkt 86).

## VI. Wnioski

128. Proponuję zatem, aby na pytania zadane przez Østre Landsret (sąd apelacyjny regionu wschodniego, Dania) odpowiedzieć następująco:

- 1) Na pytanie pierwsze do jego pkt 4 włącznie należy odpowiedzieć, że spółkę mającą siedzibę w innym państwie członkowskim będącą właścicielem oprocentowanej wierzytelności należy co do zasady uznać za właściciela [odsetek] w rozumieniu art. 1 ust. 1 dyrektywy Rady 2003/49/WE w sprawie wspólnego systemu opodatkowania stosowanego do odsetek oraz należności licencyjnych między powiązаныmi spółkami różnych państw członkowskich. Nie dotyczy to sytuacji, gdy spółka ta nie działa na własny rachunek, lecz na rachunek osoby trzeciej.

Pojęcie właściciela [odsetek] podlega autonomicznej wykładni w prawie Unii niezależnej od komentarzy do art. 11 modelowej konwencji OECD z 1977 r. czy też późniejszych ich zmian.

<sup>56</sup> Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 22 listopada 2017 r., Cussens i in. (C-251/16, EU:C:2017:881, pkt 27); z dnia 21 lutego 2006 r., Halifax i in. (C-255/02, EU:C:2006:121, pkt 68); z dnia 14 grudnia 2000 r., Emsland-Stärke (C-110/99, EU:C:2000:695, pkt 51 i przytoczone tam orzecznictwo).

<sup>57</sup> Wyrok: z dnia 22 grudnia 2008 r., Truck Center (C-282/07, EU:C:2008:762, pkt 41); potwierdzony wyrokiem z dnia 18 października 2012 r., X (C-498/10, EU:C:2012:635, pkt 26).

<sup>58</sup> Zobacz wyroki: z dnia 17 września 2015 r., Miljoen i in. (C-10/14, C-14/14 i C-17/14, EU:C:2015:608, pkt 90); z dnia 18 października 2012 r., X (C-498/10, EU:C:2012:635, pkt 42 i nast.).

- 2) Na pytanie drugie należy odpowiedzieć, że państwo członkowskie nie może powoływać się na art. 5 dyrektywy 2003/49, jeżeli go nie przetransponowało.
- 3) W odniesieniu do pytania trzeciego należy odpowiedzieć, że ani § 2 ust. 2 lit. d) duńskiej ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ani zawarte w umowie o unikaniu podwójnego opodatkowania postanowienie odpowiadające art. 11 modelowej konwencji podatkowej OECD nie mogą być uznawane za wystarczającą transpozycję art. 5 dyrektywy 2003/49. Nie stoi to jednak na przeszkodzie dokonywaniu zgodnej z prawem Unii wykładni i stosowaniu ogólnych zasad prawa krajowego, których celem jest umożliwienie zwalczania sztucznych struktur i nadużywania prawa przez jednostki.
- 4) Na pytanie czwarte należy odpowiedzieć, że stwierdzenie, czy doszło do nadużycia, jest uzależnione od wyniku całościowej oceny wszystkich okoliczności danego przypadku, której dokonanie należy do sądu krajowego.
  - a) Nadużycie w prawie podatkowym może istnieć w przypadku tworzenia czysto sztucznych, oderwanych od realiów gospodarczych, struktur lub jeżeli zasadniczym celem stworzenia danej struktury jest unikanie opodatkowania, które byłoby należne zgodnie z celem ustawy. Administracja finansowa musi wykazać w tym względzie, że w przypadku zgodnej z rzeczywistością struktury powstałoby odpowiednie zobowiązanie podatkowe, podatnik musi zaś wykazać, że wybór danej struktury jest uzasadniony ważnymi powodami niezwiązanymi z prawem podatkowym.
  - b) W przypadku unikania opodatkowania u źródła wypłat odsetek na rzecz funduszy kapitałowych z siedzibą w państwach trzecich w pierwszej kolejności w rachubę wchodzi unikanie opodatkowania dochodu z odsetek u faktycznych odbiorców odsetek (to znaczy inwestorów). W szczególności można uznać, że mamy do czynienia z nadużyciem wówczas, gdy celem dokonania wyboru takiej a nie innej struktury przedsiębiorstwa jest wykorzystanie pewnych deficytów w wymianie informacji pomiędzy zaangażowanymi państwami po to, by zapobiec efektywnemu opodatkowaniu odbiorców odsetek.
- 5) W odpowiedzi na pytanie piąte należy stwierdzić, że wypłata odsetek od pożyczki udzielonej luksemburskiej spółce S.C.A. jest objęta zakresem zastosowania dyrektywy 2003/49 nawet wówczas, gdy kraj rezydencji tej spółki uznał, że spółka ta może funkcjonować w formie SICAR [spółki inwestycyjnej o kapitale podwyższonego ryzyka]. Ponadto dla skorzystania ze zwolnienia z opodatkowania u źródła na mocy dyrektywy 2003/49 nie ma znaczenia, czy państwo źródła uznaje spółkę otrzymującą odsetki za transparentną podatkowo, jeżeli została ona wyraźnie wymieniona w załączniku do dyrektywy 2003/49.
- 6) W odpowiedzi na pytanie szóste należy stwierdzić, iż państwo członkowskie, które nie chce uznać, że spółka z siedzibą w innym państwie członkowskim jest właścicielem odsetek, aby móc uznać, że ma do czynienia z nadużyciem, jest zobowiązane do udzielenia informacji o tym, kogo uznaje za faktycznego właściciela [odsetek]. W przypadku stanów faktycznych zawierających element transgraniczny podatnik może jednak zostać w tym celu zobowiązany do współdziałania w szerszym zakresie.
- 7) Wobec powyższych odpowiedzi na pytania od pierwszego do czwartego nie ma potrzeby udzielania odpowiedzi na pytania siódme i ósme.