



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
JULIANE KOKOTT
przedstawiona w dniu 1 marca 2018 r.¹

Sprawa C-119/16

C Danmark I 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 powiązanymi 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 – Bezpośrednie stosowanie nieprzetransponowanego przepisu dyrektywy – Zgodna z prawem Unii wykładnia krajowych zasad prawa dotyczących zapobiegania nadużyciom

I. Wprowadzenie

1. W tej sprawie – tak jak w trzech innych toczących się równolegle postępowaniach² – 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 licencyjnych³. 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 zastosowania uregulowanego w prawie Unii zakazu nadużyć.

2. W niniejszej sprawie dwie szwedzkie spółki zostały włączone do istniejącej już grupy spółek. Poprzez to uniknięto m.in. duńskiego podatku u źródła od płatności odsetek, gdyż dyrektywa w sprawie odsetek i należności licencyjnych zwalnia co do zasady płatności odsetek z opodatkowania w państwie źródła, jeśli podmiot otrzymujący płatność jest spółką powiązaną z innego państwa członkowskiego. Według szwedzkiego prawa opodatkowanie u źródła nie występuje, gdy odsetki są wypłacane na rzecz spółki dominującej – która ma siedzibę na Kajmanach.

1 Język oryginału: niemiecki.

2 Dokładnie chodzi tu o sprawy C-115/16, C-118/16 (obie powiązane ze sprawą C-119/16) 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 powiązanymi spółkami różnych państw członkowskich (Dz.U. 2003, L 157, s. 49 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 9, t. 1, s. 380).

3. Kluczowe pytanie, które powstaje w tym wypadku, podobnie jak i w innych wspomnianych wyżej postępowaniach, dotyczy tego, jak dalece podatnik (tutaj międzynarodowa grupa spółek) może posunąć się w kształtowaniu struktury spółek, aby zredukować swoje obciążenia podatkowe, a w szczególności – by zminimalizować ostateczne opodatkowanie podatkiem u źródła od płatności odsetek dokonywanych w ramach swojej grupy spółek. Gdzie dokładnie należy wyznaczyć granicę pomiędzy dopuszczalną optymalizacją podatkową, a, również dopuszczalną prawnie, ale stanowiącą nadużycie strukturą?

4. Ze względu na wzburzenie 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. Kierowca, który po podniesieniu stawki podatku od pojazdów samochodowych ze względu na koszty sprzedaje swój samochód, z pewnością celowo unika podatku. Nie można w tym jednak upatrywać nadużycia prawa nawet wówczas, gdy jedynym motywem jego działania było zaoszczędzenie tego podatku.

II. Ramy prawne

A. Prawo Unii

5. Ramy prawa unijnego 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 powiązanymi różnych państw członkowskich, jak również między stałymi zakładami takich spółek.
- (5) Zasady te powinno 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:

„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, noszący tytuł „Nadużycia finansowe”, zawiera następujące regulacje:

„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 uchylenie 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) zawiera 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, jeśli podmiot ten jest „właścicielem” odsetek w tym kraju. Pojęcie „właściciela” nie zostało zdefiniowane w tej umowie.

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”⁴), 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 itp. w rozumieniu § 1 ust. 1, mające siedzibę za granicą, jeżeli [...]

d) otrzymują odsetki ze źródeł krajowych z tytułu wierzytelności przysługującej [spółce prawa duńskiego] lub [...] [zakładowi stałemu spółki zagranicznej] [...] wobec zagranicznej osoby prawnej, wskazanej w § 3 B Skattekontrolllov [ustawy o kontroli skarbowej] (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 powiązanymi 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 wypłacanych spółce dominującej odsetek, które zgodnie z dyrektywą 2003/49 lub umową o unikaniu podwójnego opodatkowania w ogóle 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 źródła⁵, podmiot dokonujący wypłaty odsetek zgodnie z § 65 D ma obowiązek poboru podatku u źródła („podatek od odsetek”).

17. W roku podatkowym 2007 stawka tego podatku wynosiła 30%. W razie zwłoki w odprowadzeniu potrąconego u źródła podatku (w przypadku ograniczonego obowiązku podatkowego) od należnej kwoty 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 2005–2007 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 zgodnego z realiami („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 tego, komu można przypisać ten dochód dla celów podatkowych. „Podmiotem rzeczywiście uzyskującym dochód” jest więc podmiot podlegający opodatkowaniu z tytułu tych dochodów.

III. Spór w postępowaniu głównym

20. Strona skarżąca w postępowaniu głównym (C Danmark I) od dnia 1 stycznia 2005 r. jako spółka dominująca stoi na czele duńskiej części amerykańskiej grupy spółek C, w której głównym podmiotem dominującym jest C USA.

21. Prowadzona przez tę grupę działalność polega na wytwarzaniu towarów, a następnie ich sprzedaży w ponad 100 krajach; grupa ta zatrudnia na całym świecie ponad 10 000 osób. Produkcja w Danii jest już prowadzona od kilku dekad, a dziś przedsiębiorstwo to zatrudnia w tym kraju ponad 500 pracowników. Duńska część grupy ma spółki zależne w szeregu krajów Unii i EOG (w tym Szwajcarii), z których to spółek większość zajmuje się sprzedażą.

22. Do końca 2004 r. spółką dominującą duńskiej części grupy była C Danmark II. Jej bezpośrednią spółką dominującą była z kolei C Cayman Island. Pod koniec 2004 r. przeprowadzono restrukturyzację grupy i w związku z tym dwie szwedzkie spółki (C Sverige I i C Sverige II) oraz spółka C Danmark I zostały umiejscowione w strukturze grupy pomiędzy spółką C Cayman Islands a spółką C Danmark II.

23. Obecnie C Cayman Islands ma 100% udziałów w szwedzkiej spółce holdingowej (C Sverige I), która posiada 100% udziałów innej szwedzkiej spółki holdingowej (C Sverige II), która z kolei posiada 100% udziałów w spółce C Danmark I, a ta ostatnia spółka posiada 100% udziałów w spółce C Danmark II i stała się w związku z tym nową spółką dominującą stojącą na czele duńskiej części grupy.

24. Przeprowadzenie tej restrukturyzacji było związane z zawarciem dwóch umów pożyczek na kwoty 75 mln EUR oraz 825 mln EUR, przyznanych przez C Cayman Islands na rzecz C Sverige I oraz dwóch umów pożyczek na kwoty 75 mln EUR oraz 825 mln EUR, przyznanych przez C Sverige II na rzecz C Danmark I. Umowy pożyczek pomiędzy C Cayman Islands a C Sverige I zawierały dokładnie takie same postanowienia jak te zawarte pomiędzy C Sverige II a C Danmark I.

25. Ze względu na fakt, iż zgodnie z obowiązującymi ówczesnie szwedzkimi przepisami podatkowymi w wyniku powyższych zdarzeń nie powstał żaden podlegający opodatkowaniu w Szwecji zysk netto i nie został pobrany podatek u źródła od wypłacanych odsetek, w rezultacie odsetki zapłacone przez C Danmark I za pośrednictwem szwedzkich spółek zostały „przekazane” w pełnej kwocie do C Cayman Islands.

26. Szwedzkie organy administracji podatkowej udzieliły duńskim organom podatkowym informacji odnośnie do spółek C Sverige II oraz C Sverige I, z których wynikało, że żadna z tych spółek nie zatrudnia pracowników. Ich adresy były identyczne jak adres biura innej spółki szwedzkiej (C Sverige III), w którym nie było żadnej wydzielonej infrastruktury biurowej dla spółek C Sverige II czy też C Sverige I. Korespondencja skierowana do spółek C Sverige II oraz C Sverige I była otwierana przez trzech pracowników spółki C Sverige III. Ani spółka C Sverige II, ani spółka C Sverige I nie miały

osobnych numerów telefonów. Czysznajmu płacony był przez spółkę C Sverige III. Koszty wynagrodzenia personelu czy administracyjne nie były refakturowane wewnętrznie pomiędzy spółkami, a spółki C Sverige II oraz C Sverige I nie posiadały umowy najmu i nie ponosiły żadnych kosztów za korzystanie z pomieszczeń.

27. Spółki C Sverige II i C Sverige I nie prowadziły żadnej innej działalności poza tym, że posiadały udziały w spółce zależnej, a w latach 2004–2006 nie osiągnęły żadnych obrotów ani też nie zatrudniały żadnych pracowników. Zarówno w przypadku C Sverige II, jak i C Sverige I prowadzona przez te spółki działalność polegała na przeprowadzaniu stosunkowo nielicznych operacji księgowych na znaczne kwoty, dotyczących przede wszystkim księgowania odsetek. Dyrektor C Sverige III był jednocześnie dyrektorem C Sverige II i C Sverige I oraz miał dostęp do kont bankowych tych spółek, a także był odpowiedzialny za opracowanie sprawozdań rocznych i deklaracji podatkowych tych spółek.

28. Spółka C Danmark I wskazała, iż spółka C Cayman Islands wypłaciła spółce dominującej z siedzibą w Stanach Zjednoczonych, C USA, dywidendę w wysokości 140 mln EUR, z czym jednak nie zgadzają się organy administracji skarbowej.

29. Zgodnie z zawartą między Danią a USA umową o unikaniu podwójnego opodatkowania podatek od odsetek nie jest pobierany u źródła w Danii, jeśli właściciel [odsetek] ma siedzibę czy też miejsce zamieszkania w USA, która to sytuacja niewątpliwie ma miejsce w przypadku spółki dominującej C USA.

30. SKAT (organ duńskiej administracji podatkowej) wydał w dniu 30 października 2009 r. decyzję w przedmiocie nieuznania C Sverige II czy też C Sverige I za „właściciela [odsetek]” otrzymanych od C Danmark I w rozumieniu dyrektywy w sprawie wspólnego systemu opodatkowania stosowanego do odsetek oraz należności licencyjnych między powiązanymi spółkami różnych państw członkowskich oraz w rozumieniu zawartej między państwami nordyckimi umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania.

31. Decyzją z dnia 25 maja 2011 r. Landsskattereten (krajowa komisja podatkowa, stanowiąca w ramach duńskiej administracji podatkowej organ odwoławczy) utrzymał tę decyzję w mocy, uzasadniając to w ten sposób, iż szwedzkie spółki były wyłącznie organami pośredniczącymi. Spółka C Danmark I wniosła odwołanie od tej decyzji. 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

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 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 do 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 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 możliwe jest tylko wtedy, gdy to państwo członkowskie przyjęło szczególny przepis celem transpozycji art. 5 dyrektywy czy też, gdy w danym prawie krajowym ustanowione zostały powszechnie obowiązujące przepisy albo 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) Selskabsskattelov (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 powiązanymi 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 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]?
- 5) 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 spółkę (zależną) 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 (obejmującej m.in. dochód z odsetek) wobec spółki będącej rezydentem tego samego państwa członkowskiego?
- 6) 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 w 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 [poboru] podatku od odsetek u źródła oraz odpowiedzialność wobec organów publicznych za niepobraną u źródła podatek, jeśli nie ma takiego obowiązku potrącenia [poboru] 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 pierwsze dwa lata podatkowe, lecz może zacząć płacić ten podatek dopiero znacznie później niż data wymagalności podatku potrącanego [pobieranego] u źródła?

Trybunał jest proszony o udzielenie odpowiedzi na pytanie szóste łącznie z odpowiedzią na pytanie piąte”.

33. Postanowieniem z dnia 13 lipca 2016 r. sprawy C-115/16, C-118/16 i C-119/16 zostały połączone. W toczącym się przed Trybunałem postępowaniu o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczącym tych połączonych spraw swoje uwagi na piśmie przedstawiły spółki N Luxembourg 1, X Denmark A/S, C Danmark I oraz Królestwo Danii, Republika Federalna Niemiec, Wielkie Księstwo

Luksemburga, Królestwo Szwecji, Republika Włosk, Królestwo Niderlandów i Komisja Europejska. W 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 A/S, C Danmark I oraz Królestwo Danii, Republika Federalna Niemiec, Wielkie Księstwo Luksemburga i Komisja Europejska.

V. Ocena prawna

A. W przedmiocie pojęcia „właściciela [odsetek]” (pytanie pierwsze do jego pkt 4 włącznie)

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

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 odsetek⁶.

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 odsetek⁷.

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 on właścicielem [odsetek].

39. Sąd odsyłający poinformował, iż zarówno pomiędzy spółkami C Sverige II a C Danmark I, jak również pomiędzy spółkami C Sverige I a C Cayman Islands zawarte były identycznie brzmiące, niemniej jednak wiążące umowy pożyczek. Zatem odsetki płacone przez C Danmark I do C Sverige II były przez tą ostatnią spółkę pobierane we własnym imieniu. Powstaje w związku z tym mające

⁶ Wyrok z dnia 21 lipca 2011 r., Scheuten Solar Technology (C-397/09, EU:C:2011:499, pkt 28).

⁷ 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 wierzycielności«. Tylko rzeczywisty wierzyciel może zaś otrzymywać odsetki stanowiące przychód z takich wierzycielności”.

zasadnicze znaczenie pytanie, czy spółka Sverige C II inkasowała te 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 ten, kto jest związany z osobą trzecią w ten sposób, że to owa osoba trzecia 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 C Sverige II na rzecz spółki C Cayman Islands lub spółki dominującej (C USA). 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 tego, czy w niniejszej sprawie, uwzględniając genezę i stopień bliskości zaangażowanych spółek, można stwierdzić występowanie, z gospodarczego punktu widzenia, ewentualnego tajnego powiernictwa spółki C Sverige II na rzecz C Cayman Islands (być może także na korzyść C USA), należy wyłącznie do sądu odsyłającego w ramach przeprowadzanej przezeń oceny całościowej. Trybunał może jednak udzielić przydatnych w tym celu wskazówek.

43. Ustalone 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 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, które 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 spółki C Sverige II i spółki C Sverige I czy też spółki C Cayman Islands), które ograniczałoby istniejące w stosunkach zewnętrznych kompetencje spółki C Sverige II. 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 zostać 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, jeżeli ryzyko niewypłacalności spółki z siedzibą w Danii (C Danmark I) byłoby ponoszone wyłącznie przez C Cayman Islands, gdyż w takim wypadku wygasłoby identyczne zobowiązanie z tytułu pożyczki innej spółki szwedzkiej (C Sverige I) w stosunku do C Cayman Islands. Jedynie sąd odsyłający może rozstrzygnąć, czy w niniejszej sprawie zachodzą takie okoliczności. Na istnienie tajnego stosunku powiernictwa

wskazywać mogłaby identyczna treść obu opisanych w pkt 38 umów pożyczek. Należy jednak również uwzględnić, iż nie nastąpiło tu „przekazanie” odsetek we właściwym znaczeniu tego słowa. Przychody z odsetek spółki C Sverige II zostały rozliczone z wydatkami z tytułu odsetek spółki C Sverige I 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 rzeczywiście wynikać istnienie stosunku powiernictwa.

46. Niemniej jednak, jeżeli sąd odsyłający na podstawie całokształtu okoliczności tej sprawy przyjmie istnienie takiego stosunku powiernictwa, to zgodnie z brzmieniem art. 1 ust. 4 dyrektywy 2003/49 powierzający byłby właścicielem [odsetek] w rozumieniu dyrektywy 2003/49.

c) Wnioski w przedmiocie pytania pierwszego i pierwszego pkt 4

47. Dlatego należy odpowiedzieć na pytanie prejudycjalne pierwsze i pierwsze pkt 4, iż spółka mająca siedzibę w innym państwie członkowskim będąca właścicielem wierzytelności, od której płacone są 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 zgodnie z komentarzami do konwencji modelowej 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 nast.) 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. Zgodnie z kodeksem postępowania OECD jej państwa członkowskie są raczej zobowiązane sprawdzać, czy uważają ich przestrzeganie za rozsądne⁸, tym bardziej w przypadku komentarzy do nich wydawanych przez OECD, które ostatecznie zawierają jedynie opinie prawne.

⁸ 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>.

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 konwencjach⁹. To dotyczy również uwzględniania międzynarodowego poglądu prawnego, który może znaleźć odzwierciedlenie w komentarzach do konwencji modelowej.

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 wtedy, gdy 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 Unii¹⁰. 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 wprowadzone zostało rozróżnienie na podstawie tego, czy wierzyciel otrzymuje płatności na własną rzecz, czy też jako powiernik, wówczas ta kwestia pozostaje rozstrzygającą (z punktu widzenia prawa Unii) dla uznania za właściciela [odsetek] w rozumieniu art. 1 ust. 1 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 pierwsze pkt 1 i 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 4)

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 uniknięcie opodatkowania u źródła w Danii, dochodzi do nadużycia finansowego w rozumieniu art. 5 dyrektywy 2003/49.

⁹ 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. podobnie także wyrok z dnia 16 maja 2017 r., Berlioz Investment Fund (C-682/15, EU:C:2017:373, pkt 67).

¹⁰ Wyrok z dnia 19 stycznia 2006 r., Bouanich (C-265/04, EU:C:2006:51, pkt 50, 56).

57. Istnienie nadużycia zależne jest od wyniku całościowej oceny okoliczności danego konkretnego przypadku, której dokonanie należy do właściwych organów administracji krajowej. Ocena taka powinna podlegać kontroli sądowej¹¹. Dokonanie owej całościowej oceny należy niewątpliwie do sądu odsyłającego¹². Jeśli chodzi jednak o ustalenie tego, czy dane transakcje są dokonywane w ramach zwykłych transakcji handlowych czy też wyłącznie w celu nadużycia korzyści przewidzianych w prawie Unii¹³, Trybunał może udzielić sądowi odsyłającemu użytecznych wskazówek¹⁴.

58. W tym celu należy najpierw przyrzeć się bliżej przewidzianym w prawie Unii pojęciu nadużycia (śródtytuł 1), a następnie przeanalizować, czy 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 tej struktury powiernika nie musi stanowić znamienia nadużycia).

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 unijnego 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 Unii¹⁵.

62. Prawdą jest, że sama dyrektywa 2003/49 nie zawiera definicji nadużycia. Jednakże inne dyrektywy unijne dostarczają odpowiednich wskazówek w tej kwestii. W dyrektywie o fuzjach¹⁶, 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 dyrektywy – w latach rozpatrywanych w niniejszej sprawie niemającej jeszcze zastosowania –ustanawiającej przepisy mające na celu przeciwdziałanie praktykom unikania opodatkowania¹⁷ (zwanej dalej „dyrektywą 2016/1164”) zostało zdefiniowane pojęcie nadużycia. Zgodnie z tym przepisem decydujące znaczenie ma to, czy istnieje takie nierzeczywiste uzgodnienie,

11 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).

12 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).

13 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, nr 57).

14 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).

15 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).

16 Dyrektywa Rady 90/434/EWG z dnia 23 lipca 1990 r. w sprawie wspólnego systemu opodatkowania mającego zastosowanie w przypadku łączenia, podziałów, wydzieleni, 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).

17 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).

którego głównym celem lub jednym z głównych celów jest uzyskanie korzyści podatkowej sprzecznej z przedmiotem lub celem mającego zastosowanie prawa podatkowego. Zgodnie z art. 6 ust. 2 uznaje się, że uzgodnienie nie jest rzeczywiste w zakresie, w jakim nie jest ono wprowadzane z uzasadnionych powodów handlowych, które odzwierciedlają rzeczywistość gospodarczą.

63. Wreszcie Trybunał wielokrotnie stwierdzał, że ograniczenie swobody działalności gospodarczej można 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 krajowym¹⁸. Trybunał tymczasem już wielokrotnie orzekał, że nie ma wymogu, aby dane struktury były tworzone wyłącznie w celu uzyskania korzyści podatkowych¹⁹, lecz wystarczy, aby to uzyskanie korzyści podatkowej stanowiło zasadniczy cel ich utworzenia²⁰.

64. Wskazane orzecznictwo Trybunału opiera się na dwóch współzależnych elementach. Po pierwsze, już na wstępie odmawia się uznania czysto sztucznych struktur, które w efekcie są tworzone tylko na papierze. Po drugie, obejście przepisów prawa podatkowego może zostać osiągnięte także za pomocą struktur istniejących w rzeczywistości gospodarczej. Przypadki należące do tej drugiej grupy 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 świadczącą o tym, iż uzyskanie korzyści podatkowej stanowi zasadniczy cel [utworzenia danej struktury]²¹.

2. Kryteria mające zastosowanie w niniejszym przypadku

a) W przedmiocie istnienia całkowicie sztucznej struktury

65. W niniejszym przypadku należałoby uznać, że mamy do czynienia z czysto sztuczną strukturą, oderwaną od realiów gospodarczych. Przemawiają za tym okoliczności przedstawione przez sąd odsyłający. I tak obie pośredniczące szwedzkie spółki (C Sverige II i C Sverige I) nikogo nie zatrudniają, nie mają własnych biur ani własnych numerów telefonicznych. Ich korespondencja jest otwierana przez pracowników innej spółki. Efektem tego spółki te nie ponoszą ani kosztów zatrudnienia personelu, ani kosztów korzystania z pomieszczeń. Ponadto spółki te nie osiągają żadnych własnych dochodów z zarządzania majątkiem. Wszystko to funkcjonuje w bardzo nienaturalny sposób. Osoba fizyczna w takich okolicznościach już dawno zaprzestałaby działalności gospodarczej.

18 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).

19 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., J.J. 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., Amplisientifica i Amplifin (C-162/07, EU:C:2008:301, pkt 28).

20 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).

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

66. Nawet jeśli Trybunał rozstrzygnął niedawno, iż fakt, że działalność spółki polega wyłącznie na zarządzaniu aktywami, a dochody pochodzą tylko z tego zarządzania, nie oznacza jeszcze, że mamy do czynienia z czysto sztuczną, oderwaną od realiów gospodarczych strukturą²², to w niniejszym wypadku można jednakże żywić wątpliwości co do tego, czy przejawiana przez obie te spółki aktywność jest w jakimkolwiek stopniu realna. W niniejszym przypadku z całościowej oceny sprawy nie wynika nawet, że to zarządzanie majątkiem generuje jakiekolwiek dochody.

67. Uwzględniając okoliczność, iż w szczególności spółki zarządzające majątkiem mogą per se prowadzić jedynie ograniczoną działalność, kryterium temu należy przypisać także tylko niewielkie znaczenie. Jednakże, jeśli faktycznie doszło do skutecznego założenia spółki, która nie dysponuje nawet odpowiednimi środkami rzeczowymi i osobowymi, aby osiągnąć swój cel (w niniejszym przypadku zarządzanie umowami pożyczek) przy pomocy własnych zasobów oraz jeśli z założenia ma ona nie osiągać żadnych dochodów, które mogłyby umożliwić jej realizację celu, wówczas zdecydowanie możemy mówić o strukturze oderwanej od realiów gospodarczych.

68. Dwie osoby prawne, które są na tyle pasywne, że jakkolwiek teoretycznie możliwy udział w obrocie gospodarczym następuje co najwyżej przez osoby trzecie, które to osoby prawne nie prowadzą żadnej własnej działalności i w związku z tym nie osiągają żadnych własnych dochodów ani nie ponoszą żadnych kosztów, można moim zdaniem, logicznie rzecz biorąc, określić jako czysto sztuczne struktury.

b) Tytułem uzupełnienia: pozapodatkowe powody wymagające uwzględnienia

69. Ponadto, niezależnie od powyższej oceny faktów, obok czysto sztucznej, oderwanej od gospodarczych realiów struktury może występować też takie wykorzystanie przepisów prawa podatkowego, które jest sprzeczne z ich celem, jak wynika z brzmienia nowego art. 6 dyrektywy 2016/1164. Z tego względu w niniejszej sprawie mogą mieć decydujące znaczenie także inne kryteria, w szczególności należy wziąć pod uwagę względy pozapodatkowe.

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 nadużycia²³. Nie można więc uznać, iż występuje nadużycie z tego tylko względu, Samo włączenie 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 zobowiązania podatkowe²⁴. Tak więc – zdaniem Trybunału – podatnikom 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

²² 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).

²³ 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).

²⁴ 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); z dnia 21 lutego 2006 r., Halifax i in. (C-255/02, EU:C:2006:121, pkt 73).

ograniczenia obciążeń podatkowych²⁵. 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 traktatu²⁶. Dlatego sama struktura transakcji – jak w okolicznościach niniejszej sprawy – powiązana z państwem członkowskim, które rezygnuje z opodatkowania u źródła (w tym wypadku Szwecja), 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 w znacznie większym stopniu zharmonizowanych przepisów dotyczących VAT²⁷, tym bardziej powinna ona obowiązywać w zakresie dotyczącym zharmonizowanych w mniejszym zakresie przepisów dotyczących podatków dochodowych, w przypadku których różnicowanie prawa podatkowego²⁸ poszczególnych państw członkowskich jest bądź celem zamierzonym w prawie Unii, bądź jest ono świadomie tolerowane politycznie.

74. Ponadto Trybunał wyjaśnił, iż – w świetle podstawowych wolności, 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 środków naruszające wykonywanie swobód podstawowych zagwarantowanych przez traktat²⁹. 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 członkowskich³⁰. Również dyrektywa 2003/49 nie przewiduje tego rodzaju różnicowania. Okoliczność, iż właścicielem udziałów w spółce C Sverige II jest spółka szwedzka (C Sverige I), której udziałowiec ma siedzibę na Kajmanach (w państwie trzecim), nie ma zatem sama w sobie znamion nadużycia.

25 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).

26 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).

27 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).

28 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).

29 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).

30 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).

c) W przedmiocie obejścia celu ustawy

76. W niniejszej sprawie istotniejsze znaczenie ma jednak fakt, że faktyczni inwestorzy – w tym wypadku C Cayman Islands – mają często swoje siedziby w określonych państwach trzecich (co do zasady na pewnych małych wyspach, takich jak w niniejszym przypadku Kajmany, Bermudy³¹ albo wyspa Jersey³²). To może wskazywać na niezwykle jako całość sposób postępowania, którego uzasadnienie gospodarcze na pierwszy rzut oka nie jest zrozumiałe.

77. W tym względzie w całej konstrukcji można dostrzec strukturę mającą znamiona nadużycia w mniejszym stopniu z powodu „włączenia” spółek szwedzkich, a bardziej z powodu „zainstalowania” funduszy kapitałowych inwestorów 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?

78. Najpierw należy stwierdzić, że Dania nie została pozbawiona możliwości opodatkowania zysku z operacyjnej działalności grupy w Danii (spółki C Danmark II). Zysk ten został na normalnych zasadach opodatkowany w państwie siedziby (to jest w Danii).

79. Także zysk mającej siedzibę w Danii spółki dominującej (C Danmark I) 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.

80. Odsetki te zostały opodatkowane w Szwecji jako przychody przedsiębiorstwa prowadzonego przez szwedzką spółkę. Fakt, iż w Szwecji – w ramach opodatkowania grupy spółek – płatności spółki C Sverige I z tytułu odsetek na rzecz jej pożyczkodawcy (C Cayman Islands) zostały z kolei potraktowane jako koszty operacyjne, stanowi również tam wyraz zgodności z zasadą opodatkowania według zdolności finansowej podatnika. Szwecja opodatkowuje w tym względzie różnicę pomiędzy odsetkami, które zostały wypłacone z Danii, a odsetkami płaconymi do spółki C Cayman Islands z siedzibą w państwie trzecim. A że obie kwoty odsetek były identyczne, nie pozostał żaden dochód do opodatkowania.

81. Obie spółki szwedzkie podlegają jednak 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 szwedzkiej spółki C Sverige II) w określonej wysokości stanowi przesłankę zwolnienia [z podatku]. Jeśli w państwie rezydencji właściciel [odsetek] wykazuje odpowiednio wysokie koszty (czy też straty przeniesione z lat poprzednich), nie prowadzi to do konkretnego opodatkowania, jednak podatnik ten podlega opodatkowaniu podatkiem dochodowym od osób prawnych. Dotyczy to także opodatkowania grupy podatkowej. Dlatego też jest ona objęta zakresem zastosowania dyrektywy, a dochody tej spółki z tytułu odsetek będą wówczas „opodatkowane w państwie członkowskim”. Tak jest również, w przypadku gdy w państwie rezydencji właściciela [odsetek] istnieje jedynie niewielkie obciążenie podatkiem od osób prawnych i nie występuje w ogóle opodatkowanie u źródła.

³¹ Tak w sprawie C-117/16.

³² Tak w sprawie C-299/16.

82. Owo efektywne opodatkowanie, które może być niskie lub wręcz żadne, jest skutkiem autonomii podatkowej danego państwa. Skoro na skutek braku harmonizacji podatków dochodowych dozwolona jest w prawie Unii konkurencja podatkowa pomiędzy państwami członkowskimi, to nie można zarzucać podatnikowi, że w rzeczywistości (to znaczy nie tylko na papierze – zob. pkt 65 i nast. powyżej) czyni użytek z oferowanych przez poszczególne państwa członkowskie korzyści związanych z daną lokalizacją.

2) Zapobieganie wykorzystywaniu transgranicznych deficytów w wymianie informacji

83. Po przyjrzeniu się dokładniej niniejszej sprawie stwierdzić należy, że na skutek włączenia spółek szwedzkich unika się „tylko” opodatkowania u źródła wypłat odsetek w Danii. Trybunał orzekł zaś już, że w przypadku opodatkowania u źródła pozostaje opodatkowany właśnie odbiorca dochodów (tutaj odsetek)³³. Następuje to w ten sposób, że w momencie wypłaty część dochodu jest potrącana już u źródła przez płatnika.

84. 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 dowiaduje 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.

85. Aby zatem można było 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 90 i nast.). Po drugie, musi występować niebezpieczeństwo nieopodatkowania z powodu nieobjęcia tych dochodów [podatkiem] w faktycznym państwie odbiorcy.

86. 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.

87. 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 84 powyżej). Również to musi zostać uwzględnione przez sąd w dokonywanej przezeń całościowej ocenie.

d) Wniosek częściowy

88. W wypadku unikania opodatkowania u źródła wypłat odsetek na rzecz inwestorów mających siedzibę w państwie trzecim w pierwszej kolejności unika się opodatkowania dochodu z odsetek u faktycznych odbiorców odsetek (to znaczy inwestorów lub ich wspólników). 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 tego przedsięwzięcia.

³³ 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).

3. Wskazanie faktycznego właściciela [odsetek]

89. Ponadto 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.

90. 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 spółką C Cayman Islands a skarżącą w postępowaniu głównym (C Danmark I).

91. Co do zasady to organy podatkowe muszą wyjaśnić, czy wybrany sposób działania jest z punktu widzenia prawa podatkowego korzystniejszy niż zwykła struktura, przy czym podatnicy mogą podlegać szczególnemu obowiązkowi współdziałania. Podatnik może wówczas przedstawić „dowody dotyczące względów handlowych, które leżały u podstaw danej transakcji”³⁴. Jeśli okaże się, że zasadniczym celem stworzenia danej struktury³⁵ 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].

92. Z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości³⁶ 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].

93. 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 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. Gdyby spółka C Cayman Islands również okazała się być tylko tak zwaną spółką pośredniczącą, wówczas należałoby zbadać wypłatę na rzecz spółki C USA. Płatność na jej rzecz także nie podlegałaby opodatkowaniu u źródła w Danii, co wykluczałoby możliwość stwierdzenia nadużycia.

94. Na pytanie czwarte 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, 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.

³⁴ Wyrok z dnia 13 marca 2007 r., *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* (C-524/04, EU:C:2007:161, pkt 92).

³⁵ 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).

³⁶ 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).

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

95. 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

96. 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.

97. 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 dyrektywy³⁷.

98. 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 tutaj zastosowania, gdyż w rzeczywistości formalnie odsetki były faktycznie najpierw płacone na rzecz spółek szwedzkich.

99. Artykuł 5 dyrektywy 2003/49 zezwala jednak państwom członkowskim na podjęcie odpowiednich środków w celu zwalczania nadużyć. Podejście takie odpowiada również praktyce przyjętej w całej Unii. Prawie wszystkie państwa członkowskie opracowały odpowiednie narzędzia do obrony przed nadużyciami prawa popełnianymi w celu unikania opodatkowania³⁸. 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 zasada³⁹ znajduje obecnie odzwierciedlenie również w art. 6 dyrektywy 2016/1164.

³⁷ 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).

³⁸ 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 państwach istnieją przepisy szczególne (jak w Danii odnośnie do cen transferowych w § 2 Ligningslovens – ustawy 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).

³⁹ 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).

100. 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. 5⁴⁰. 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 dopuszczalne⁴¹.

101. Organy władz duńskich nie mogłyby tylko stosować art. 5 dyrektywy 2003/49 na niekorzyść skarżącej w sposób bezpośredni – także ze względów pewności prawa⁴². Państwo członkowskie nie może bowiem powoływać się wobec jednostki na postanowienia dyrektywy, których transpozycji nie dokonało⁴³. Zgodnie bowiem z utrwalonym orzecznictwem dyrektywa nie może sama z siebie nakładać obowiązków na jednostkę i dlatego nie może ona być jako taka wobec niej powołana⁴⁴. 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.

102. 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 została bowiem wyraźnie określona i skonkretyzowana w art. 5 ust. 2 dyrektywy⁴⁵. 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 – a 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 dyrektyw⁴⁶.

40 Odnosnie do obowiązku dokonywania przez sądy krajowe wykładni prawa krajowego zgodnie z dyrektywą zob. utrwalone orzecznictwo, 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 i Kamann (14/83, EU:C:1984:153, pkt 26).

41 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); moja opinia w sprawie Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, pkt 65).

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

43 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).

44 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), zob. też przykładowo, wśród wielu innych, 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).

45 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 i Satamedia (C-73/07, EU:C:2008:266, pkt 103).

46 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).

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

103. Nie stoją temu na przeszkodzie orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości⁴⁷ 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.

104. Te dwa rozstrzygnięcia dotyczyły jednak wyłącznie przepisów dotyczących 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.

105. Po drugie, prawo Unii zobowiązuje państwa członkowskie, na podstawie art. 325 ust. 1 i 2 TFUE, do (skutecznego) poboru podatku VAT⁴⁸, 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 unijnym, które wyraźnie przewiduje możliwość zwalczania nadużyć⁴⁹. Bezpośrednie stosowanie art. 5 dyrektywy 2003/49 na niekorzyść podatnika nie wchodzi zatem w rachubę⁵⁰.

3. W przedmiocie istnienia szczególnego przepisu krajowego skierowanego przeciwko nadużyciom

106. 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.

107. 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 uniknięcie uiszczenia podatku, który normalnie byłby należny z tytułu dochodu osiągniętego z działalności na terytorium krajowym⁵¹.

108. 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 do tego, aby móc je traktować jako transpozycję art. 5 dyrektywy 2003/49.

47 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).

48 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).

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

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

51 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).

109. Inaczej należy to jednak ocenić w kontekście zgodnego z prawem Unii stosowaniem 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.

110. Opracowana w Danii „doktryna realizmu”, interpretowana w sposób zgodny z prawem Unii, mogłaby zatem wystarczać jako podstawa do pomijania przy opodatkowaniu czysto sztucznych struktur lub struktur mających znamiona nadużycia – o ile takowe istnieją (zob. pkt 57 i nast. powyżej). „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 członkowskich⁵². Jest to 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.

111. Jeżeli celem stworzenia danej struktury jest unikanie opodatkowania spółki będącej wierzycielem odsetek (C Cayman Islands) lub jej udziałowca (spółki C USA), wówczas, pomimo formalnej wypłaty na rzecz szwedzkiej spółki, z ekonomicznego punktu widzenia, wypłata jest faktycznie dokonywana na rzecz spółki dominującej (C Cayman Islands) w państwie trzecim. Wypłata na rzecz szwedzkiej spółki nie odzwierciedla rzeczywistości gospodarczej, lecz jedynie rzeczywistość cywilnoprawną (formalną). A fortiori dotyczy to przypadku, w którym można założyć istnienie czysto sztucznej struktury, oderwanej od jakichkolwiek realiów gospodarczych (zob. pkt 65 i nast. powyżej).

D. Naruszenie podstawowych swobód (pytania piąte i szóste)

112. Jeżeli szwedzką spółkę C Sverige II należy 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 piąte i szóste.

113. 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 dozwolone⁵³.

114. Taka kwestia powstałaby jednak, gdyby należało uznać spółkę C Cayman Islands za właściciela [odsetek] bez zakładania, że użyta została struktura mająca znamiona nadużycia prawa. W tym względzie Trybunał Sprawiedliwości orzekł już jednak, że zróżnicowane traktowanie krajowych i zagranicznych odbiorców odsetek ze względu na różne techniki opodatkowania dotyczy sytuacji,

⁵² Bardzo często w państwach członkowskich za istotną uznaje się faktyczną treść danej czynności czy transakcji – jest tak np. w Finlandii, na Węgrzech, w Irlandii, we Włoszech, na Litwie, w Niderlandach, Portugalii i Słowenii.

⁵³ 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).

które nie są obiektywnie porównywalne⁵⁴. 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 (tu spółka C Sverige II) nie było wyższe niż duńskie opodatkowanie podatkiem dochodowym krajowego odbiorcy odsetek⁵⁵.

115. 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 należyny jest *własny* podatek (podatek dochodowy od osób prawnych), zaś innym razem potrącany i odprowadzany jest faktycznie *cudzy* podatek – za odbiorcę 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 84).

VI. Wnioski

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

- 1) Na pytanie pierwsze i jego pkt 1–1.4 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 z dnia 3 czerwca 2003 r. w sprawie wspólnego systemu opodatkowania stosowanego do odsetek oraz należności licencyjnych między powiązanymi 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 jej zmian.

- 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 lub 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.

⁵⁴ 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).

⁵⁵ 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.).

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 spółek inwestycyjnych 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 faktycznych odbiorców odsetek.
 - c) Ponadto należy stwierdzić, iż państwo członkowskie, które nie chce uznać tego, 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.
- 5) Wobec powyższych odpowiedzi na pytania od pierwszego do czwartego nie ma potrzeby udzielania odpowiedzi na pytania piąte i szóste.