



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
PAOLA MENGOZZIEGO
przedstawiona w dniu 5 czerwca 2018 r.¹

Sprawa C-135/17

**X-GmbH
przeciwko
Finanzamt Stuttgart – Körperschaften**

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Bundesfinanzhof (federalny trybunał finansowy, Niemcy)]

Odesłanie prejudycjalne – Swobodny przepływ kapitału – Artykuły 56 i 57 WE – Przepływ kapitału pomiędzy państwami członkowskimi i państwami trzecimi – Ograniczenia – Klauzula „standstill” – Inwestycje bezpośrednie – Uregulowanie państwa członkowskiego przewidujące opodatkowanie dochodów pochodzących od spółek z siedzibą za granicą – Względy uzasadniające – Zwalczanie czysto sztucznych struktur – Wyważony podział kompetencji podatkowych – Zachowanie skuteczności kontroli podatkowych

I. Wprowadzenie

1. W swoim wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym Bundesfinanzhof (federalny trybunał finansowy, Niemcy) zwraca się do Trybunału o dokonanie wykładni art. 56 i 57 WE (obecnie, odpowiednio, art. 63 i 64 TFUE), aby dowiedzieć się w istocie, czy niemiecki system stosowany do „udziałów w zagranicznych spółkach pośrednich”² prowadzi do ograniczenia w swobodnym przepływie kapitału w stosunku do państw trzecich, które, jeżeli nie jest objęte zakresem zastosowania klauzuli „standstill” przewidzianej w art. 57 ust. 1 WE, może być uzasadnione nadrzędnymi względami interesu ogólnego, a w szczególności zwalczania czysto sztucznych struktur.

2. Wniosek ten został złożony w ramach sporu pomiędzy spółką prawa niemieckiego X a Finanzamt Stuttgart-Körperschaften (centrum finansów publicznych w Stuttgarcie – wydział osób prawnych, Niemcy) w sprawie doliczenia dochodów z 2005 i 2006 r. osiągniętych przez Y, spółkę prawa szwajcarskiego, w której 30% udziałów posiada X, do podstawy opodatkowania tej ostatniej na podstawie przepisów Gesetz über die Besteuerung bei Auslandsbeziehungen (Aussensteuergesetz) (ustawy podatkowej dotyczącej stosunków z zagranicą) z dnia 8 września 1972 r.³, w brzmieniu

¹ Język oryginału: francuski.

² W rezultacie chodzi o system dotyczący „kontrolowanych spółek zagranicznych”. Należy zauważyć, że zgodność takiego systemu z podstawowymi swobodami przepływu mogłaby być już rozpatrywana w sprawie, w której zapadł wyrok z dnia 6 grudnia 2007 r., Columbus Container Services (C-298/05, EU:C:2007:754), jeżeli została ona uznana w niemieckim prawie podatkowym nie za spółkę osobową, lecz za spółkę kapitałową. Zobacz w tym względzie moja opinia w sprawie Columbus Container Services (C-298/05, EU:C:2007:197, pkt 32–37, a także przypis 14).

³ BGBl. 1972 I, s. 1713.

wynikającym z Missbrauchsbekämpfungs- und Steuerbereinigungsgesetz (ustawy dotyczącej harmonizacji podatkowej i zwalczania oszustw) z dnia 21 grudnia 1993 r.⁴ oraz z Unternehmenssteuerrechts (ustawy dotyczącej opodatkowania przedsiębiorstw, zwanej dalej „UntStFG 2001”) z dnia 20 grudnia 2001 r.⁵ (zwanej dalej „AStG”).

3. Jak wynika z wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, na podstawie § 7 ust. 6 i 6a oraz § 8 AStG, dochody spółki zagranicznej, w której kapitale podatnik będący rezydentem Niemiec posiada udział w wysokości co najmniej 1%, są opodatkowane po stronie tego podatnika w przypadku „dochodów pośrednich mających charakter inwestycji kapitałowych”, to jest w przypadku, gdy za granicą podlegają opodatkowaniu od zysków poniżej 25% i nie pochodzą z tak zwanej „czynnej” działalności gospodarczej.

4. W sprawie rozpatrywanej w postępowaniu głównym bezsporne jest, że spółka Y została uznana przez niemiecki organ administracji podatkowej za zagraniczną spółkę pośrednią ze względu na „dochody pośrednie mające charakter inwestycji kapitałowych” w rozumieniu § 7 ust. 6 i 6a AStG. W odniesieniu do lat podatkowych, których sprawa dotyczy, niemiecki organ podatkowy uznał, że wierzycielności, jakie Y nabyła od niemieckiej spółki i częściowo dzięki pożyczce udzielonej przez X, uprawniały do udziału w wynikach sportowych czterech niemieckich klubów sportowych, w szczególności za pośrednictwem zysków osiągniętych przez nie z praw do transmisji w mediach. Dochody uzyskane przez Y powinny zatem zostać uznane za pośrednie, mające charakter inwestycji kapitałowych, i powinny zostać włączone do podstawy opodatkowania X dla obu lat podatkowych będących przedmiotem sporu w postępowaniu głównym.

5. W związku z bezskutecznym zaskarżeniem decyzji niemieckiego organu podatkowego X wniosła sprawę do Bundesfinanzhof (federalnego trybunału finansowego).

6. Bundesfinanzhof (federalny trybunał finansowy) wskazuje, że zasady dotyczące włączenia dochodów pośrednich mających charakter inwestycji kapitałowych do podstawy opodatkowania akcjonariusza podlegającego nieograniczonemu obowiązkowi podatkowemu w Niemczech, o których mowa w § 7 ust. 6 i 6a AStG, skierowane są wyłącznie do udziałów w spółkach zagranicznych. W związku z tym uważa on, że omawiane uregulowanie niemieckie mogłoby w zasadzie stanowić zakazane ograniczenie swobodnego przepływu kapitału w rozumieniu art. 56 ust. 1 WE.

7. Bundesfinanzhof (federalny trybunał finansowy) zastanawia się jednak nad dopuszczalnością takiego uregulowania krajowego w świetle prawa Unii, biorąc pod uwagę klauzulę „standstill” przewidzianą w art. 57 ust. 1 WE, zgodnie z którą art. 56 WE nie narusza stosowania w państwach trzecich ograniczeń istniejących w dniu 31 grudnia 1993 r. na mocy prawa krajowego w odniesieniu do przepływu kapitału do lub z państw trzecich, gdy dotyczą one w szczególności inwestycji bezpośrednich. Powołując się na orzecznictwo Trybunału, zgodnie z którym co do zasady to sąd krajowy określa treść przepisów „istniejących” w dniu 31 grudnia 1993 r., federalny trybunał finansowy uważa, że konieczne jest wyjaśnienie przez Trybunał omawianego uregulowania niemieckiego, w szczególności w odniesieniu do dwóch kwestii.

8. W pierwszej kolejności, zgodnie z wyjaśnieniami przedstawionymi przez Bundesfinanzhof (federalny trybunał finansowy), przepisy dotyczące włączenia „dochodów pośrednich mających charakter inwestycji kapitałowych” do podstawy opodatkowania akcjonariusza podlegającego nieograniczonemu obowiązkowi podatkowemu w Niemczech, obowiązujące w dniu 31 grudnia 1993 r., zostały zmienione przez Gesetz zur Senkung der Steuersätze und zur Reform der Steuersenkungsgesetz (ustawę w sprawie obniżenia podatków i reformy opodatkowania przedsiębiorstw) z dnia 23 października

4 BGBl. 1993 I, s. 2310.

5 BGBl. 2001 I, s. 3858.

2000 r. (zwaną dalej „StSenkG 2000”)⁶. Sąd ten zauważa, że o ile StSenkG 2000 z pewnością znacząco zmieniła owe obowiązujące w dniu 31 grudnia 1993 r. przepisy, o tyle same zmiany przepisów AStG zostały jednak uchylone przez UntStFG 2001, nawet zanim po raz pierwszy mogłyby znaleźć zastosowanie w konkretnym przypadku w stosunku do takich dochodów.

9. W związku z tym Bundesfinanzhof (federalny trybunał finansowy) uważa, że nie jest pozbawione wątpliwości pytanie, czy na podstawie art. 57 ust. 1 WE gwarancja utrzymania ograniczeń w swobodnym przepływie kapitału istniejących w dniu 31 grudnia 1993 r. może przestać obowiązywać tylko z powodu formalnego skutku normatywnego przepisów zmieniających, czy też taka zmiana musi również być skutecznie wdrożona w praktyce.

10. W drugiej kolejności, w odniesieniu do przepisów dotyczących włączenia dochodów pośrednich mających charakter inwestycji kapitałowych do podstawy opodatkowania akcjonariusza podlegającego nieograniczonemu obowiązkowi podatkowemu w Niemczech, UntStFG 2001 ponownie przywróciła skutki prawne istniejące w dniu 31 grudnia 1993 r., z wyjątkiem jednego elementu. W szczególności UntStFG 2001 obniżyła z 10% do 1% wymagany dla takiego doliczenia minimalny udział w zagranicznej spółce pośredniej. Ponadto w pewnych okolicznościach doliczenie to powinno mieć miejsce nawet w przypadku objęcia udziałów nieprzekraczających 1%. Jeżeli jednak rozszerzenie zakresu stosowania tych zasad na udziały portfelowe poniżej 10% stanowi zdaniem Bundesfinanzhof (federalnego trybunału finansowego) istotną zmianę, która w znaczący sposób rozszerza ograniczenia transgranicznego przepływu kapitału, to zmiana ta nie dotyczy inwestycji bezpośrednich w rozumieniu art. 57 ust. 1 WE, lecz jedynie udziałów portfelowych. W związku z tym Bundesfinanzhof (federalny trybunał finansowy) uważa, że klauzula „standstill” może mieć zastosowanie w niniejszej sprawie, ponieważ na przepisy mające zastosowanie do szczególnej sytuacji X, której 30% udziałów w Y stanowi inwestycję bezpośrednią, nie miała wpływu zmiana wprowadzona przez UntStFG 2001 w odniesieniu do udziałów portfelowych.

11. W sytuacji gdyby omawiane przepisy krajowe nie były objęte zakresem klauzuli „standstill” z jednego z tych powodów, Bundesfinanzhof (federalny trybunał finansowy) zastanawia się, czy takie uregulowanie nie stanowi zakazanego ograniczenia swobodnego przepływu kapitału, które może ewentualnie zostać uzasadnione nadrzędnymi względami interesu ogólnego. Bundesfinanzhof (federalny trybunał finansowy) przypomina w tym względzie, że Trybunał zbadał zagadnienie dotyczące opodatkowania dochodów spółek pośredniczących w sprawie, która doprowadziła do wydania wyroku z dnia 12 września 2006 r., Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544). Zauważa on jednak, że sprawa ta wpisująca się w kontekst swobody przedsiębiorczości mającej zastosowanie w stosunkach pomiędzy państwami członkowskimi, a nie w ramach swobody przepływu kapitału, mającej zastosowanie także w stosunkach między państwami członkowskimi a państwami trzecimi. Jeżeli orzeczenie to miałyby zostać rozszerzone na sytuację taką jak w postępowaniu głównym, to Bundesfinanzhof (federalny trybunał finansowy) wyraża wątpliwości co do zasadności przepisów krajowych.

12. W tych okolicznościach Bundesfinanzhof (federalny trybunał finansowy) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy art. 57 ust. 1 WE (obecnie art. 64 ust. 1 TFUE) należy interpretować w ten sposób, że istniejące w dniu 31 grudnia 1993 r. ograniczenie przez państwo członkowskie przepływu kapitału z państwami trzecimi w związku z inwestycjami bezpośrednimi nie narusza art. 56 WE (obecnie art. 63 TFUE) również wtedy, gdy istniejący w tym dniu przepis prawa krajowego ograniczający przepływ kapitału z państwami trzecimi dotyczył zasadniczo tylko inwestycji bezpośrednich, jednakże po tym dniu został rozszerzony w ten sposób, że obejmuje również posiadanie udziałów portfelowych w zagranicznych spółkach nieprzekraczających progu 10%?

⁶ BGBl. 2000 I, s. 1433.

- 2) W razie udzielenia na pytanie pierwsze odpowiedzi twierdzącej: czy art. 57 ust. 1 WE (obecnie art. 64 ust. 1 TFUE) należy interpretować w ten sposób, że trzeba uważać za stosowanie istniejącego w dniu 31 grudnia 1993 r. przepisu prawa krajowego dotyczącego ograniczenia przepływu kapitału z państwami trzecimi w związku z inwestycjami bezpośrednimi okoliczność, iż zastosowanie znajduje zasadniczo odpowiadający istniejącemu w tym dniu ograniczeniu późniejszy przepis prawa krajowego, jednakże ograniczenie to zostało istotnie zmienione w krótkim czasie po tym dniu na podstawie ustawy, która wprowadziła w życie, jednakże w praktyce nigdy nie znalazła zastosowania, ponieważ jeszcze zanim mogła ona mieć zastosowanie po raz pierwszy do indywidualnego przypadku, została zastąpiona przez mający obecnie zastosowanie przepis prawa krajowego?
- 3) W razie udzielenia na jedno z obu powyższych pytań odpowiedzi przeczącej: czy art. 56 WE (obecnie art. 63 TFUE) sprzeciwia się uregulowaniu państwa członkowskiego, zgodnie z którym podstawa wymiaru podatku podatnika mającego siedzibę w państwie członkowskim, który posiada co najmniej 1% udziałów w spółce mającej siedzibę w innym państwie (tutaj: w Szwajcarii), obejmuje dochody czynne mające charakter inwestycji kapitałowej proporcjonalnie, w wysokości danego udziału procentowego, jeżeli dochody te są objęte niższą stawką opodatkowania niż w pierwszym wymienionym państwie?”.

13. Pytania te były przedmiotem pisemnych uwag ze strony skarżącej w postępowaniu głównym, rządów niemieckiego, francuskiego i szwedzkiego oraz Komisji Europejskiej. Na rozprawie, która odbyła się w dniu 5 marca 2018 r., wysłuchane zostały zainteresowane strony, z wyjątkiem rządów francuskiego i szwedzkiego, które nie były na tej rozprawie reprezentowane.

II. Analiza

14. Podczas gdy dwa pierwsze pytania zadane przez sąd odsyłający dotyczą wykładni klauzuli „standstill” przewidzianej w art. 57 ust. 1 WE, którego stosowanie zakłada, że przepisy rozpatrywane w postępowaniu głównym stanowią ograniczenie swobodnego przepływu kapitału niezgodne z art. 56 ust. 1 WE, pytanie trzecie dotyczy właśnie takiego uznania oraz zasadności takiego ograniczenia.

15. W związku z tym przedstawiona analiza nie będzie odpowiadała kolejności pytań skierowanych przez sąd odsyłający. W pierwszej kolejności zbadam, czy niemiecki system stosowany do „udziałów w zagranicznych spółkach pośrednich”, będący przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, stanowi ograniczenie w rozumieniu art. 56 ust. 1 WE, co moim zdaniem nie budzi wątpliwości (część A). W drugiej kolejności należy ustalić, czy ograniczenie to może zostać utrzymane z powodu objęcia go klauzulą „standstill” przewidzianą w art. 57 ust. 1 WE (część B). W tym względzie już na wstępie wskazuję, że przepisy rozpatrywane w postępowaniu głównym odpowiadają moim zdaniem czasowym i przedmiotowym kryteriom przewidzianym w tym artykule. Zatem jedynie pomocniczo, na wypadek gdyby Trybunał nie podzielił mojej analizy w sprawie zastosowania klauzuli „standstill”, zbadam w trzeciej kolejności, czy ograniczenie swobodnego przepływu kapitału, zawarte w przepisach rozpatrywanych w postępowaniu głównym, może być uzasadnione nadrzędnymi względami interesu ogólnego (część C).

A. W przedmiocie istnienia ograniczenia w swobodnym przepływie kapitału w rozumieniu art. 56 ust. 1 WE

1. W przedmiocie zastosowania swobody przepływu kapitału

16. Na wstępie należy przypomnieć, że AStG ma zastosowanie do każdego podatnika mającego miejsce zamieszkania w Niemczech, który posiada udziały w spółce państwa trzeciego, stosującego według AStG niższy poziom opodatkowania zysków tej spółki, pomimo iż taki udział podatnika niemieckiego niekoniecznie pozwala wywierać rzeczywisty wpływ na decyzje danej spółki i określać jej działalność. W istocie w trakcie spornych lat podatkowych w postępowaniu głównym, na mocy § 7 AStG, włączenie dochodów uzyskanych przez spółkę państwa trzeciego do podstawy opodatkowania akcjonariusza tej spółki podlegającego nieograniczonemu obowiązkowi podatkowemu w Niemczech, niezależnie od podziału zysków, znajduje automatyczne zastosowanie do co najmniej 1% udziałów w spółce tego państwa trzeciego.

17. Należy zauważyć, że stosowanie swobodnego przepływu kapitału, o którym mowa w art. 56 ust. 1 WE, w postępowaniu głównym nie zostało zakwestionowane przez żadną z zainteresowanych stron, ponieważ sam sąd odsyłający słusznie wykluczył zastosowanie swobody przedsiębiorczości do przepisów podatkowych rozpatrywanych w postępowaniu głównym.

18. W konsekwencji, przez analogię do orzecznictwa wynikającego z wyroku z dnia 13 listopada 2012 r., *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-35/11, EU:C:2012:707, pkt 98–100, 104), tego rodzaju przepisy, które z jednej strony nie mają na celu wyłącznego zastosowania do udziałów w spółce państwa członkowskiego, pozwalających na wywieranie rzeczywistego wpływu na spółkę z państwa trzeciego, a z drugiej strony dotyczą wyłącznie opodatkowania dochodów spółki państwa członkowskiego, które wynikają z inwestycji w spółkę z siedzibą w państwie trzecim, muszą być bez wątpienia oceniane w świetle art. 56 ust. 1 WE⁷.

19. W tym kontekście samo badanie przedmiotu uregulowania krajowego wystarcza, by ocenić, czy opodatkowanie będące przedmiotem sprawy wchodzi w zakres swobodnego przepływu kapitału⁸. Nie jest zatem konieczne, by w każdym przypadku uwzględniać konkretne okoliczności sprawy w postępowaniu głównym, w tym przypadku 30% udziałów w spółce Y w Szwajcarii. W istocie, niezależnie od tego, czy taki udział mógłby przyznać decydujący wpływ X na decyzje Y – co samo w sobie nie jest oczywiste, biorąc pod uwagę podział kapitału zakładowego tej ostatniej w rękach innego akcjonariusza – okoliczności takie nie mogą skutkować, w stosunkach z państwami trzecimi i przy uwzględnieniu celu spornych przepisów AStG, odrzuceniem możliwości stosowania swobody przepływu kapitału na rzecz swobody przedsiębiorczości, która, jak wiadomo, nie obejmuje stosunków z państwami trzecimi⁹.

⁷ Zobacz także wyroki: z dnia 10 kwietnia 2014 r., *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* (C-190/12, EU:C:2014:249, pkt 27–32); z dnia 11 września 2014 r., *Kronos International* (C-47/12, EU:C:2014:2200, pkt 38, 41, 54); a także z dnia 24 listopada 2016 r., *SECIL* (C-464/14, EU:C:2016:896, pkt 34, 35, 41–43).

⁸ Zobacz analogicznie, w odniesieniu do opodatkowania w państwie członkowskim dywidend pochodzących z państwa trzeciego, w szczególności wyroki: z dnia 10 kwietnia 2014 r., *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* (C-190/12, EU:C:2014:249, pkt 29); z dnia 24 listopada 2016 r., *SECIL* (C-464/14, EU:C:2016:896, pkt 34).

⁹ Zobacz wyrok z dnia 11 września 2014 r., *Kronos International* (C-47/12, EU:C:2014:2200, pkt 44 i przytoczone tam orzecznictwo). Należy również przypomnieć, że w stosunkach z Konfederacją Szwajcarską swoboda przedsiębiorczości jest częściowo objęta umową między Wspólnotą Europejską i jej państwami członkowskimi, z jednej strony, a Konfederacją Szwajcarską, z drugiej strony, w sprawie swobodnego przepływu osób (Dz.U. 2002, L 114, s. 6, zwaną dalej „umową”), podpisaną w Luksemburgu w dniu 21 czerwca 1999 r., która weszła w życie w dniu 1 czerwca 2002 r. Niemniej jednak osoby prawne są wyłączone z zakresu stosowania swobody przedsiębiorczości gwarantowanej umową; zob. wyroki: z dnia 12 listopada 2009 r., *Grimme* (C-351/08, EU:C:2009:697, pkt 37, 39); z dnia 11 lutego 2010 r., *Fokus Invest* (C-541/08, EU:C:2010:74, pkt 31).

20. Jeżeli w świetle tylko tych okoliczności stosowanie swobody przepływu kapitału miałyby ustąpić miejsca swobodzie przedsiębiorczości, prowadziłyby to, na co wskazałem już w opinii w sprawie *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* (C-190/12, EU:C:2013:710, pkt 20), do pozbawienia skuteczności (*effet utile*) zakazu przewidzianego w art. 56 ust. 1 WE w sytuacji, gdy nie ma żadnego ryzyka obejścia swobody przedsiębiorczości.

2. W przedmiocie ograniczającego charakteru § 7 AStG w przepływie kapitału w stosunku do państw trzecich

21. Odpowiedź na pytanie, czy przepis prawa podatkowego, taki jak § 7 AStG, stanowi ograniczenie swobodnego przepływu kapitału między państwami członkowskimi a państwami trzecimi, nie budzi, jak mi się wydaje, żadnych wątpliwości.

22. W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału środki zakazane na podstawie art. 56 ust. 1 WE jako ograniczenia w przepływie kapitału obejmują te środki, które mogą zniechęcić rezydentów danego państwa członkowskiego do inwestowania w innych państwach¹⁰.

23. W niniejszej sprawie z wyjaśnień przedstawionych przez sąd odsyłający wynika, że celem zasady ponownego doliczenia jest zapobieżenie lub zneutralizowanie transferu (pasywnych) dochodów osób podlegających w Niemczech nieograniczonemu opodatkowaniu do państw mających, zgodnie z prawem niemieckim, niski poziom opodatkowania zysków. Celem zasady ponownego doliczenia jest więc przypisanie niemieckiemu wspólnikowi, posiadającemu co najmniej 1% udziałów w spółce państwa trzeciego, tak zwanych „pasywnych” dochodów, które spółka ta osiągnęła niezależnie od podziału zysków. Z definicji zasady te mają zastosowanie jedynie w sprawach transgranicznych.

24. W szczególności, jak podkreśliły to sąd odsyłający, rząd szwedzki oraz Komisja, niemiecki wspólnik podlegający nieograniczonemu obowiązkowi podatkowemu w Niemczech, który posiadałby udziały w takiej samej wysokości w spółce mającej siedzibę w Niemczech, nie powinien nigdy ponownie doliczać do podlegającego opodatkowaniu zysku dochodów tej ostatniej spółki. Rząd niemiecki sam zresztą przyznał w swoich pisemnych uwagach, że przepisy dotyczące ponownego doliczenia zastrzegają prawo do mniej korzystnego traktowania udziałów w spółkach zagranicznych w porównaniu do udziałów w spółkach z siedzibą w Niemczech, ponieważ w tym drugim przypadku dochody tej spółki nigdy nie są przypisywane wspólnikom przed jakąkolwiek wypłatą zysku.

25. Taka różnica w traktowaniu bez wątpienia zniechęca niemieckiego podatnika do inwestowania w państwach trzecich.

26. W związku z powyższym uważam, że przepis taki jak § 7 AStG stanowi ograniczenie przepływu kapitału pomiędzy państwami członkowskimi i państwami trzecimi, zakazane co do zasady na podstawie art. 56 WE.

B. W przedmiocie możliwości zastosowania art. 57 ust. 1 WE

27. Jak wcześniej wspomniałem, poprzez dwa pierwsze pytania sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy ograniczenie w przepływie kapitału między państwami członkowskimi i państwami trzecimi, które zostało właśnie wykazane, mogłoby zostać wyeliminowane przez zastosowanie klauzuli „standstill” przewidzianej w art. 57 ust. 1 WE.

¹⁰ Zobacz w szczególności wyrok z dnia 10 kwietnia 2014 r., *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* (C-190/12, EU:C:2014:249, pkt 39).

28. Przypominam, że zgodnie z tym przepisem „[art.] 56 WE nie narusza *stosowania do państw trzecich ograniczeń istniejących w dniu 31 grudnia 1993 r.* na mocy prawa krajowego lub prawa [Unii] w odniesieniu do przepływu kapitału do lub z państw trzecich, gdy dotyczą *inwestycji bezpośrednich* [...]”¹¹.

29. Ograniczenia przewidziane przez ustawodawstwo państwa członkowskiego będą zatem wchodzić w zakres stosowania art. 57 ust. 1 WE, jeżeli oprócz tego, że mają one zastosowanie do państwa trzeciego, co do czego nie ma żadnych wątpliwości, jak w sprawie głównej w odniesieniu do Konfederacji Szwajcarskiej, spełniają one *czasowe i przedmiotowe* kryteria ustanowione przez ten artykuł¹².

1. *W przedmiocie czasowego zakresu stosowania art. 57 ust. 1 WE*

30. Co się tyczy czasowego zakresu zastosowania art. 57 ust. 1 WE, należy wskazać, że w niniejszej sprawie brzmienie AStG pochodzi z daty po dniu 31 grudnia 1993 r.

31. Niemniej Trybunał orzekł już, że każdy przepis krajowy przyjęty po tym dniu nie jest, z uwagi tylko na tę okoliczność, automatycznie wyłączony z systemu odstępstw ustanowionego przez prawo Unii. System ten obejmuje więc przepis, który co do istoty jest taki sam jak przepis poprzednio obowiązujący lub który ogranicza się do zmniejszenia lub zniesienia przeszkody w wykonywaniu praw i swobód Unii znajdujących się w przepisach poprzednio obowiązujących¹³.

32. W takim przypadku z orzecznictwa wynika, że możliwość powoływania się przez państwo członkowskie na odstępstwo przewidziane w art. 57 ust. 1 WE zakłada z jednej strony, że ograniczenie w przepływie kapitału stanowi część krajowego porządku prawnego tego państwa członkowskiego w sposób nieprzerwany od dnia 31 grudnia 1993 r.¹⁴, a z drugiej strony, że ograniczenie to nie mieści się w ustawodawstwie, które opiera się na innym sposobie rozumowania niż prawo poprzednio obowiązujące przed dniem 31 grudnia 1993 r. i które wprowadza nowe procedury¹⁵.

33. W niniejszej sprawie skarżąca w postępowaniu głównym, w odróżnieniu od innych zainteresowanych stron, utrzymuje zasadniczo, że AStG w wersji sprzed dnia 31 grudnia 1993 r. została uchylona przez StSenkG 2000, co oznaczałoby, że sporne przepisy AStG rozpatrywane w sprawie w postępowaniu głównym, obowiązujące po dniu 31 grudnia 1993 r., nie mogłyby skorzystać z klauzuli „standstill” przewidzianej w art. 57 ust. 1 WE, ponieważ nie istniałyby w niemieckim porządku prawnym w sposób nieprzerwany.

34. Powyższa argumentacja mnie nie przekonuje.

¹¹ Wyróżnienie moje.

¹² Dla przypomnienia, oba kryteria są łączne: zob. wyrok z dnia 10 kwietnia 2014 r., *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* (C-190/12, EU:C:2014:249, pkt 53).

¹³ Zobacz podobnie w szczególności wyroki: z dnia 24 maja 2007 r., *Holböck* (C-157/05, EU:C:2007:297, pkt 41); z dnia 18 grudnia 2007 r., A (C-101/05, EU:C:2007:804, pkt 49); a także z dnia 11 lutego 2010 r., *Fokus Invest* (C-541/08, EU:C:2010:74, pkt 42). Należy zauważyć, że w wyroku z dnia 24 listopada 2016 r., *SECIL* (C-464/14, EU:C:2016:896, pkt 89–92), Trybunał orzekł również, że państwo członkowskie nie może powoływać się na art. 57 ust. 1 WE, gdy bez formalnego uchylecia lub zmiany istniejących przepisów zawiera umowę międzynarodową, taką jak układ stowarzyszeniowy, która przewiduje w bezpośrednio skutecznym postanowieniu liberalizację inwestycji bezpośrednich z państwem trzecim. Sytuacja ta jest pozbawiona znaczenia w postępowaniu głównym, ponieważ umowa nie wprowadza żadnej liberalizacji w przepływie kapitału, o którym mowa w art. 57 ust. 1 WE, pomiędzy Konfederacją Szwajcarską a Unią i jej państwami członkowskimi.

¹⁴ Zobacz podobnie wyrok z dnia 18 grudnia 2007 r., A (C-101/05, EU:C:2007:804, pkt 48).

¹⁵ Zobacz podobnie wyroki: z dnia 24 maja 2007 r., *Holböck* (C-157/05, EU:C:2007:297, pkt 41); z dnia 18 grudnia 2007 r., A (C-101/05, EU:C:2007:804, pkt 49); a także z dnia 24 listopada 2016 r., *SECIL* (C-464/14, EU:C:2016:896, pkt 88).

35. Z pewnością, jak zauważa sąd odsyłający, ustawodawca niemiecki, przyjmując StSenkG 2000, zdecydował się na głębokie zmiany przepisów dotyczących ponownego doliczenia przewidzianych przez AStG obowiązującą w dniu 31 grudnia 1993 r. Niemniej jednak, jak wynika również z wyjaśnień przedstawionych przez sąd odsyłający, mimo że StSenkG 2000 weszła w życie, ustawodawca niemiecki zdecydował o odroczeniu jej zastosowania do roku podatkowego rozpoczynającego się w dniu 1 stycznia 2002 r. Jest również bezsporne, że nawet jeśli StSenkG 2000 nie ma zastosowania do roku podatkowego rozpoczynającego się w dniu 1 stycznia 2002 r., ustawa ta została uchylona przez UntStFG 2001 mającą zastosowanie od dnia 1 stycznia 2002 r., jak również do lat podatkowych spornych w postępowaniu głównym, który to akt prawny w swej istocie przejął w identycznym brzmieniu przepisy AStG o ponownym doliczeniu, które w dniu 31 grudnia 1993 r. były stosowane w odniesieniu do inwestycji bezpośrednich.

36. Wynika z tego, że w odniesieniu do lat podatkowych do dnia 31 grudnia 2001 r. podatnicy niemieccy znajdujący się w analogicznej sytuacji jak X nadal podlegali przepisom AStG o ponownym doliczeniu, w brzmieniu wynikającym z ustawy w sprawie harmonizacji podatkowej i zwalczania oszustw z dnia 21 grudnia 1993 r., natomiast począwszy od roku podatkowego rozpoczynającego się w dniu 1 stycznia 2002 r. powinni spełniać zasadniczo identyczne wymogi przepisów o ponownym doliczeniu przewidziane przez UntStFG 2001, zmieniającą AStG.

37. Wynika z tego, że ograniczenie istniejące w dniu 31 grudnia 1993 r., które zaskarżyła skarżąca w postępowaniu głównym, nie przestało od tej daty mieć zastosowania w stosunkach z państwami trzecimi i pozostawało częścią porządku prawnego tego państwa członkowskiego. W konsekwencji podatnicy niemieccy, którzy uzyskali dochody w związku z taką samą inwestycją bezpośrednią w Szwajcarii jak skarżąca w postępowaniu głównym, dotyczące zarówno roku podatkowego zakończonego w dniu 31 grudnia 1993 r., jak i późniejszych lat podatkowych, zostali poddani w sposób nieprzerwany tym samym zasadom ponownego doliczenia tych dochodów do podstawy opodatkowania podatkiem należnym w Niemczech za wspomniane okresy.

38. Tymczasem, zgodnie z art. 57 ust. 1 WE, który, co powtórzę, stanowi, że „[art.] 56 WE nie narusza *stosowania*, w stosunku do państw trzecich, *ograniczeń* istniejących 31 grudnia 1993 roku”¹⁶, ważne jest nie to, że uregulowanie zostało formalnie uchylone lub znacząco zmienione, ale że ograniczenie przewidywane przez nie w dniu 31 grudnia 1993 r. w dalszym ciągu wywołuje skutki i po tej dacie w sposób nieprzerwany znajduje zastosowanie w stosunkach z państwami trzecimi. Tak właśnie jest w niniejszej sprawie, ponieważ, jak wskazałem powyżej, podatnicy niemieccy znajdujący się w sytuacji analogicznej jak skarżąca w postępowaniu głównym podlegali, przed dniem 31 grudnia 1993 r. i po nim, przepisom o ponownym doliczeniu dochodów pochodzących z inwestycji bezpośrednich w spółkach państw trzecich, przewidzianych w § 7 AStG, niezależnie od brzmienia tego aktu przed dniem 31 grudnia 1993 r. czy po nim.

39. Taka wykładnia art. 57 ust. 1 WE, oparta na „stosowaniu” ograniczeń istniejących w dniu 31 grudnia 1993 r. i „skutku” przepisów krajowych, jest potwierdzona wyrokiem z dnia 15 lutego 2017 r., X (C-317/15, EU:C:2017:119, pkt 21), zgodnie z którym „stosowanie art. 64 ust. 1 TFUE [dawny art. 57 ust. 1 WE] zależy nie od przedmiotu uregulowania krajowego zawierającego takie ograniczenia, lecz od jego skutku”.

40. Podejście, którego bronię, nie stoi w sprzeczności z koniecznością ścisłej wykładni wyjątku przewidzianego w art. 57 ust. 1 WE¹⁷, ponieważ podejście to opiera się na samym brzmieniu tego artykułu, jak na to wskazuje również wyrok z dnia 15 lutego 2017 r., X (C-317/15, EU:C:2017:119, pkt 21).

¹⁶ Wyróżnienie moje.

¹⁷ Zobacz wyroki: z dnia 17 października 2013 r., Welte (C-181/12, EU:C:2013:662, pkt 29); a także z dnia 21 maja 2015 r., Wagner-Raith (C-560/13, EU:C:2015:347, pkt 21, 42).

41. Nie jest ono też niezgodne z wyrokami z dnia 18 grudnia 2007 r., A (C-101/05, EU:C:2007:804, pkt 49), oraz z dnia 24 listopada 2016 r., SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, pkt 87), w których Trybunał orzekł, że „art. 64 ust. 1 TFUE [dawny art. 57 ust. 1 WE] nie ma zastosowania do przepisów, które będąc zasadniczo takie same jak przepisy istniejące w dniu 31 grudnia 1993 r., ponownie wprowadziły *przeszkodę* w swobodnym przepływie kapitału, która w następstwie uchylecia wcześniej obowiązujących przepisów *już nie istniała*”¹⁸.

42. W istocie w pkt 49 i 87 wspomnianych wyroków Trybunał dostrzegł najprawdopodobniej sytuację, które można by określić jako „tradycyjne”, w których uchYLECIE przepisów krajowych pociąga za sobą natychmiastowe wyeliminowanie ograniczenia swobodnego przepływu kapitału, lecz skutki tych przepisów trwają nadal po ich formalnym uchYLECIE.

43. Uważam ponadto, że wyrok z dnia 18 grudnia 2007 r., A (C-101/05, EU:C:2007:804), także potwierdza wykładnię opartą na brzmieniu art. 57 ust. 1 WE, którą proponuję utrzymać.

44. Należy bowiem wskazać, że w tej sprawie szwedzkie przepisy prawa podatkowego, które przyznawały korzyść podatkową jedynie spółkom z siedzibą w Szwecji, zostały uchylone po dniu 31 grudnia 1993 r., a następnie przywrócone w 1995 r. W przeciwieństwie do analizy rzecznika generalnego¹⁹ Trybunał uznał, że pomimo formalnego i tymczasowego uchYLECIE tych przepisów Królestwo Szwecji miało prawo powoływać się na wyjątek przewidziany w art. 57 ust. 1 WE, ponieważ „zysk” z tej korzyści (zwolnienie z opodatkowania dywidend wypłacanych przez spółki mające siedzibę w Szwecji) został wyłączone w sposób nieprzerwany co najmniej od 1992 r. w odniesieniu do spółek mających siedzibę w państwie trzecim, niebędącym członkiem Porozumienia w sprawie Europejskiego Obszaru Gospodarczego, które to państwo nie zawarło umowy przewidującej wymianę informacji z Królestwem Szwecji²⁰.

45. Trybunał skupił się zatem, w celu stosowania art. 57 ust. 1 WE, bardziej na skutku ograniczenia swobody przepływu kapitału, a mianowicie na utrzymaniu stałego wyłączenia od zwolnienia wobec spółek z określonych państw trzecich, niż na formalnym i tymczasowym uchYLECIE przepisów krajowych przewidujących takie zwolnienie na rzecz spółek szwedzkich.

46. Podobnie w sprawie w postępowaniu głównym, jak wskazałem powyżej, daleka od uchYLECIE przeszkoda w swobodnym przepływie kapitału w stosunku do państw trzecich obowiązywała nadal po dniu 31 grudnia 1993 r. z powodu utrzymania w mocy skutków AStG aż do wejścia w życie UntStFG 2001²¹, która, począwszy od tej daty przejęła w swej istocie identyczne przepisy dotyczące ponownego doliczenia, które w dniu 31 grudnia 1993 r. miały zastosowanie do inwestycji bezpośrednich.

47. Uważam zatem, że kryterium czasowe z art. 57 ust. 1 WE w sprawie w postępowaniu głównym jest spełnione.

48. Należy następnie zbadać zarzuty skarżącej w postępowaniu głównym odnośnie do spełnienia przesłanki *materialnej* tego przepisu, zakładając, że w opinii pozostałych zainteresowanych stron kryterium to w sprawie w postępowaniu głównym jest spełnione.

18 Wyróżnienie moje.

19 Zobacz opinia rzecznika generalnego Y. Bota w sprawie A (C-101/05, EU:C:2007:493, pkt 109, 115).

20 Zobacz wyrok z dnia 18 grudnia 2007 r., A (C-101/05, EU:C:2007:804, pkt 51).

21 Na wszelki wypadek przypominam, że skutki uchylonych przepisów krajowych są również brane pod uwagę w celu stwierdzenia uchYLECIE przez państwo członkowskie jednemu ze zobowiązań ciążących na nim na mocy prawa Unii, jeśli takie skutki utrzymują się po upływie terminu wyznaczonego w uzasadnionej opinii skierowanej przez Komisję: zob. w szczególności wyrok z dnia 6 grudnia 2007 r., Komisja/Niemcy (C-456/05, EU:C:2007:755, pkt 15, 16 i przytoczone tam orzecznictwo).

2. W przedmiocie zakresu zastosowania art. 57 ust. 1 WE

49. Zdaniem skarżącej w postępowaniu głównym UntStFG 2001 znacząco zmieniła AStG w brzmieniu obowiązującym przed dniem 31 grudnia 1993 r. w taki sposób, że odnosząc się już nie *wyłącznie* do inwestycji bezpośrednich, ale również do tak zwanych inwestycji „portfelowych” w krajach trzecich, ustawa ta, w wersji po dniu 31 grudnia 1993 r., nie była już objęta wyjątkiem przewidzianym w art. 57 ust. 1 WE.

50. Nie podzielam tego stanowiska z następujących powodów.

51. Jak już wskazałem w pkt 32 niniejszej opinii, zgodnie z orzecznictwem ustawodawstwo krajowe po dniu 31 grudnia 1993 r., zmieniające rozumowanie, na którym opierały się wcześniejsze przepisy i ustanawiające nowe procedury, nie może być objęte zakresem zastosowania klauzuli „standstill” zawartej w art. 57 ust. 1 WE.

52. Moim zdaniem nie dotyczy to zmiany wprowadzonej do AStG przez UntStFG 2001 po dniu 31 grudnia 1993 r., w której, jak wskazuje sąd odsyłający, ustawodawca niemiecki dokonał jedynie obniżenia progu przewidzianych przez AStG przepisów o ponownym doliczeniu dochodów, obejmującego od tego momentu udziały *niższe* niż 10% kapitału zakładowego spółki z danego państwa trzeciego, przy czym inne okoliczności pozostały niezmienione.

53. Bezsporne jest, że w brzmieniu obowiązującym przed dniem 31 grudnia 1993 r. właściwe przepisy AStG wymagały od podatników niemieckich ponownego doliczenia dochodów pochodzących z udziałów w spółkach państw trzecich, stanowiących co najmniej 10% kapitału zakładowego tych spółek.

54. Jak podkreślił to sąd odsyłający oraz jak przyznaje również skarżąca w postępowaniu głównym, AStG, w wersji sprzed dnia 31 grudnia 1993 r., znajdowała zastosowanie wyłącznie do inwestycji bezpośrednich w rozumieniu art. 56 i 57 WE.

55. Z orzecznictwa wynika, że pojęcie „inwestycji bezpośrednich” obejmuje wszelkiego rodzaju inwestycje dokonywane przez osoby fizyczne lub prawne, które służą ustanowieniu lub utrzymaniu trwałych i bezpośrednich powiązań między inwestorem a przedsiębiorstwem, któremu ów inwestor udostępnia kapitał w celu prowadzenia działalności gospodarczej. Jeżeli chodzi o nabycie udziałów w nowych lub istniejących przedsiębiorstwach, zorganizowanych w formie spółek akcyjnych, cel polegający na ustanowieniu lub utrzymaniu trwałych powiązań gospodarczych zakłada, że akcje znajdujące się w posiadaniu akcjonariusza zapewniają mu, na mocy przepisów krajowych dotyczących spółek akcyjnych lub w inny sposób, *możliwość rzeczywistego udziału w zarządzaniu tą spółką lub w sprawowaniu nad nią kontroli*²². Pojęcie to obejmuje również dochody z inwestycji bezpośrednich²³.

56. Minimalny udział 10% w kapitale zakładowym spółki, jak przewiduje AStG w brzmieniu obowiązującym przed dniem 31 grudnia 1993 r., zakładał więc zasadniczo inwestycję bezpośrednią, gdyż taki poziom uczestnictwa, w przypadku braku możliwości kontrolowania tej spółki, z całą pewnością daje możliwość rzeczywistego udziału w zarządzaniu nią²⁴.

²² Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 20 maja 2008 r., Orange European Smallcap Fund (C-194/06, EU:C:2008:289, pkt 100–102); z dnia 24 listopada 2016 r., SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, pkt 75, 76).

²³ W odniesieniu do wypłaty dywidend wynikających z inwestycji bezpośrednich zob. w szczególności wyrok z dnia 24 listopada 2016 r., SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, pkt 77 i przytoczone tam orzecznictwo).

²⁴ Zobacz też podobnie opinia rzecznika generalnego M. Watheleta w sprawie EV (C-685/16, EU:C:2018:70, pkt 83).

57. Prawdą jest również, że w przeciwieństwie do art. 56 WE, zakres przedmiotowy art. 57 WE nie obejmuje tak zwanych inwestycji „portfelowych”, a zatem nie może się odnosić do utrzymywania ograniczeń w przepływie kapitału obejmującego takie inwestycje do lub z państw trzecich. Przypomnę w tym względzie, że zgodnie z orzecznictwem pojęcie „inwestycji portfelowych” oznacza nabywanie papierów wartościowych na rynku kapitałowym dokonane jedynie w celu lokaty kapitału, *bez zamiaru wpływania na zarządzanie i kontrolę przedsiębiorstwa*²⁵.

58. Obniżenie progu udziałów z 10% do 1% poprzez zmianę wprowadzoną do AStG przez UntStFG 2001 bez wątpienia prowadzi do włączenia do zakresu zastosowania tej ustawy inwestycji portfelowych²⁶.

59. Niemniej jednak, podobnie jak skłonny jest to przyjąć sąd odsyłający, skutek ten, który wpływa na pewną kategorię inwestycji, które tak czy inaczej nie wchodzą w zakres stosowania art. 57 ust. 1 WE, moim zdaniem nie wpływa na stosowanie tego artykułu w sytuacjach, gdy mamy do czynienia tylko z inwestycjami bezpośrednimi.

60. W istocie przepis państwa członkowskiego, który ogranicza *zarówno* inwestycje portfelowe, jak i inwestycje bezpośrednie do lub z państw trzecich²⁷, może wchodzić w zakres stosowania art. 57 ust. 1 WE w zakresie, w jakim uregulowanie to znajduje zastosowanie do tych ostatnich inwestycji.

61. Pośrednio wskazał na to Trybunał w wyroku z dnia 18 grudnia 2007 r., A (C-101/05, EU:C:2007:804, pkt 52), mając na uwadze, że wyłączenie z możliwości skorzystania ze zwolnienia z podatku od dywidend w tamtej sprawie mogło, w świetle okoliczności sprawy, wynikać z art. 57 ust. 1 WE „przynajmniej wówczas, gdy dywidendy pozostają w związku z bezpośrednimi inwestycjami w spółkę dokonującą wypłat”, pozostawiając sądowi odsyłającemu zbadanie, czy tak właśnie jest.

62. Podejście to zostało wyraźnie potwierdzone w wyroku z dnia 15 lutego 2017 r., X (C-317/15, EU:C:2017:119, pkt 21, 24, 25). Trybunał orzekł bowiem, że uregulowanie krajowe ograniczające swobodny przepływ kapitału, które może także mieć zastosowanie do kategorii przepływów kapitału innych niż te, które są w sposób wyczerpujący wymienione w art. 64 ust. 1 TFUE (dawny art. 57 ust. 1 WE), nie może stanowić przeszkody w stosowaniu art. 64 ust. 1 TFUE w świetle okoliczności, których on dotyczy.

63. W związku z tym państwo członkowskie, którego przepisy krajowe ograniczają wobec państw trzecich, w jednakowy sposób, z jednej strony inwestycje bezpośrednie, które są objęte zakresem zastosowania art. 57 ust. 1 WE, a z drugiej strony inwestycje portfelowe, które nie są objęte zakresem stosowania tego przepisu, ma prawo powoływać się na zawartą w owym artykule klauzulę „standstill” *w zakresie, w jakim ustawodawstwo krajowe odnosi się do inwestycji bezpośrednich*²⁸.

64. W sprawie w postępowaniu głównym zgodnie z przywołanym wyżej orzecznictwem, *pod warunkiem że chodzi o inwestycje bezpośrednie*, ponieważ UntStFG 2001 ani nie zmieniła rozumienia AStG w brzmieniu obowiązującym w dniu 31 grudnia 1993 r., ani nie wprowadza nowych procedur, nie widzę przeszkód, by Republika Federalna Niemiec była uprawniona do powołania się na art. 57 ust. 1 WE. Innymi słowy, uprawnienie to stosuje się w zakresie, w jakim w świetle okoliczności

25 Zobacz podobnie w szczególności wyrok z dnia 21 grudnia 2016 r., AGET Iraklis (C-201/15, EU:C:2016:972, pkt 58 i przytoczone tam orzecznictwo).

26 W wyroku z dnia 10 lutego 2011 r., Haribo Lakritzen Hans Riegel i Österreichische Salinen (C-436/08 i C-437/08, EU:C:2011:61, pkt 137), Trybunał orzekł w istocie, że z udziałów niższe niż 10% kapitału zakładowego danej spółki nie wchodzą w zakres pojęcia „inwestycji bezpośrednich” w rozumieniu art. 64 ust. 1 TFUE.

27 Dla przypomnienia, w wyroku z dnia 24 maja 2007 r., Holböck (C-157/05, EU:C:2007:297), Trybunał przyznał już, że art. 57 ust. 1 WE mógł obejmować ograniczenia w przepływie kapitału zawarte w przepisach mających zastosowanie zarówno *do państw członkowskich, jak i państw trzecich*, które dotyczyły wypłaty dywidend z udziałów, które pozwalają udziałowcowi na aktywny udział w zarządzaniu lub kontroli nad spółką dokonującą wypłaty.

28 Zobacz w tym kontekście wyrok z dnia 15 lutego 2017 r., X (C-317/15, EU:C:2017:119, pkt 23 i przytoczone tam orzecznictwo).

niniejszej sprawy udziały w spółce z danego państwa trzeciego przyznają niemieckiemu udziałowcowi podlegającemu nieograniczonemu obowiązkowi podatkowemu w Niemczech możliwość rzeczywistego udziału w zarządzaniu tą spółką lub kontroli nad nią, to znaczy, że odpowiadają one inwestycji bezpośredniej w rozumieniu tego artykułu.

65. Ogólnie rzecz biorąc, to do sądu krajowego należy zweryfikowanie w każdym przypadku, dla celów stosowania klauzuli „standstill” zawartej w art. 57 ust. 1 WE, czy ograniczenie swobodnego przepływu kapitału w stosunku do państw trzecich dotyczy kategorii wymienionych w tym artykule, a w szczególności inwestycji bezpośrednich.

66. W niniejszej sprawie, nawet jeśli sąd odsyłający nie uznał wprost za inwestycje bezpośrednie 30% udziałów X w kapitale zakładowym szwajcarskiej spółki Y, to takie jest właśnie założenie, na podstawie którego postawione zostało pierwsze pytanie prejudycjalne, gdyż w przeciwnym razie pytanie to nie miałyby większego sensu. W każdym przypadku taki udział przyznaje jego posiadaczowi możliwość uzyskania jeżeli nie wspólnej kontroli nad daną spółką, to przynajmniej rzeczywistego udziału w zarządzaniu nią²⁹. Ponadto, jak podnosi Komisja w swoich pisemnych uwagach, okazuje się, że zmiana wprowadzona przez UntStFG 2001 na poziomie uruchomienia reguły ponownego doliczenia dochodów przewidzianej przez AStG nie miała żadnego wpływu na sytuację X ze względu na jej udział w kapitale zakładowym Y. W istocie, zarówno przed dniem 31 grudnia 1993 r., jak i po nim, niemiecka spółka znajdująca się w sytuacji całkowicie identycznej jak X powinna była dokonać ponownego doliczenia do podstawy opodatkowania podatkiem, jaki miałyby zapłacić w Niemczech, dochodów wynikających z takiego uczestnictwa³⁰.

67. W tych okolicznościach uważam, że Republika Federalna Niemiec jest uprawniona do powołania się na art. 57 ust. 1 WE, ponieważ sytuacja będąca przedmiotem sprawy w postępowaniu głównym dotyczy ograniczenia w przepływie kapitału istniejącego w dniu 31 grudnia 1993 r. i obejmującego inwestycje bezpośrednie, przy braku zmiany rozumienia dokonanej zmianą przepisów przewidujących to ograniczenie po tej dacie, na którym oparte były przepisy sprzed dnia 31 grudnia 1993 r. i przy braku wprowadzenia nowych procedur.

68. W przypadku gdyby Trybunał podzielił tę analizę, odpowiedź na trzecie z pytań przedłożonych przez sąd odsyłający, które odnosi się do zasadności ograniczenia swobodnego przepływu kapitału, stałaby się bezprzedmiotowa. Zatem zbadam tę kwestię jedynie pomocniczo.

C. Uwagi uzupełniające w przedmiocie uzasadnienia ograniczenia swobodnego przepływu kapitału

69. Zgodnie z art. 58 ust. 1 WE, aby ustawodawstwo krajowe, które nie wchodzi w zakres stosowania art. 57 ust. 1 WE, mogło zostać uznane za zgodne z postanowieniami traktatu WE dotyczącymi swobodnego przepływu kapitału, konieczne jest, aby różnica w traktowaniu dotyczyła sytuacji, które nie są obiektywnie porównywalne, lub była uzasadniona nadrzędnymi względami interesu ogólnego³¹.

²⁹ W sprawie w postępowaniu głównym sąd odsyłający stwierdził, że kapitał zakładowy Y należał, poza X, do spółki prawa szwajcarskiego. Ta ostatnia posiada więc 70% udziałów w Y, co może skutkować wspólną kontrolą tej spółki.

³⁰ Nasuwa się odniesienie do hipotetycznego modelu, ponieważ, przypominam, X posiadała udziały w Y dopiero od 2005 r., a więc w okresie wyraźnie późniejszym od dnia 31 grudnia 1993 r.

³¹ Zobacz wyrok z dnia 10 kwietnia 2014 r., Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, pkt 57 i przytoczone tam orzecznictwo).

1. W przedmiocie obiektywnej porównywalności sytuacji

70. Rząd niemiecki podnosi, że różnica w traktowaniu stwierdzona w pkt 24 niniejszej opinii dotyczy sytuacji, które nie są obiektywnie porównywalne. W istocie, zdaniem tego rządu reguła ponownego doliczenia dochodów zagranicznej spółki pośredniej, przewidziana przez AStG w brzmieniu mającym zastosowanie do okoliczności faktycznych w postępowaniu głównym, dotyczy wyłącznie spółek z siedzibą w państwie trzecim, które podlegają niższemu opodatkowaniu. Brak kompetencji podatkowej Republiki Federalnej Niemiec w odniesieniu do dochodów pochodzących z inwestycji w spółkę zagraniczną stanowiłby zasadniczą różnicę w stosunku do dochodów z tytułu podobnych inwestycji w kapitał zakładowy spółki niemieckiej. Rząd niemiecki dodaje, że w wyroku z dnia 17 grudnia 2015 r., *Timac Agro Deutschland* (C-388/14, EU:C:2015:829, pkt 65), Trybunał uznał już brak porównywalności sytuacji podatnika posiadającego stałe miejsce prowadzenia działalności gospodarczej w Niemczech oraz podatnika mającego stały zakład za granicą.

71. W żaden sposób nie przychyliam się do argumentacji rządu niemieckiego. Samym bowiem celem § 7 AStG, niezależnie od wersji, na której oparta jest analiza, jest właśnie zagwarantowanie Republice Federalnej Niemiec wykonywania swoich kompetencji podatkowych w stosunku do dochodów osiągniętych przez spółkę będącą rezydentem, która zainwestowała kapitał w spółkę państwa trzeciego stosującego, jak określa to niemieckie prawo podatkowe, „niską” stawkę podatkową. Przepis ten ma zatem na celu zrównanie, w miarę możliwości, sytuacji takich spółek z sytuacją spółek będących rezydentami, które zainwestowały swój kapitał w spółkę mającą siedzibę w Niemczech, mając na celu zneutralizowanie w jak największym stopniu ulg podatkowych, jakie te pierwsze mogłyby czerpać z lokowania kapitału za granicą.

72. Cel § 7 AStG i sytuacja, w jakiej przepis ten stawia spółkę będącą rezydentem, która zainwestowała w spółkę państwa trzeciego stosującego niskie stawki opodatkowania, przypominają okoliczności, które doprowadziły do wydania wyroku z dnia 12 września 2006 r., *Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas* (C-196/04, EU:C:2006:544), w odniesieniu do ustawodawstwa Zjednoczonego Królestwa dotyczącego kontrolowanych spółek zagranicznych. Przepisy te faktycznie przyznawały spółce dominującej będącej rezydentem zyski osiągnięte przez kontrolowaną spółkę zagraniczną w sytuacji, gdy podlegała ona „niższemu” opodatkowaniu, w rozumieniu tych przepisów, w państwie, w którym kontrolowana spółka zagraniczna została założona.

73. Tymczasem w odniesieniu do porównywalności takiej sytuacji z sytuacją wewnętrzną Trybunał stwierdził „odmienne traktowanie”, powodujące „niekorzystną sytuację podatkową” spółki będącej rezydentem, do której znajdują zastosowanie przepisy dotyczące kontrolowanych spółek zagranicznych, ze względu na to, że w odróżnieniu od spółki będącej rezydentem, której spółka zależna podlega opodatkowaniu w Zjednoczonym Królestwie, spółka będąca rezydentem była opodatkowana z tytułu dochodów innej osoby prawnej³².

74. Taka jest również sytuacja spółki niemieckiej, do której stosuje się § 7 AStG, podobnie jak w przypadku X, która zainwestowała kapitał w spółkę z siedzibą w Szwajcarii, taką jak Y.

³² Wyrok z dnia 12 września 2006 r., *Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas* (C-196/04, EU:C:2006:544, pkt 45). Przypominam, że w tym punkcie wyroku Trybunał uznał również porównywalność sytuacji spółki będącej rezydentem, do której znajdują zastosowanie przepisy dotyczące kontrolowanych spółek zagranicznych, oraz spółki będącej rezydentem, której spółka zależna utworzona poza Zjednoczonym Królestwem nie podlegała niższemu poziomowi opodatkowania, to znaczy porównywalność dwóch sytuacji transgranicznych. Dodanie tego kryterium porównawczego, które wydaje się odzwierciedlać opinię rzecznika generalnego P. Légera wydaną w sprawie *Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas* (C-196/04, EU:C:2006:278), było przedmiotem debaty pośród rzeczników generalnych [zob. moja opinia w sprawie *Columbus Container Services* (C-298/05, EU:C:2007:197, pkt 124–155); opinia rzecznika generalnego Y. Bota w sprawie *Orange European Smallcap Fund* (C-194/06, EU:C:2007:403, pkt 101–108)], która jednak nie została, o ile się nie mylę, podjęta przez późniejsze orzecznictwo. Nie będę więc w tym miejscu powoływać się na nią.

75. Moim zdaniem argumentom tym nie zaprzecza wyrok z dnia 17 grudnia 2015 r., *Timac Agro Deutschland* (C-388/14, EU:C:2015:829, pkt 65), na który powołuje się rząd niemiecki. Wprawdzie w tym punkcie wspomnianego wyroku Trybunał orzekł, że „sytuacja stałego zakładu położonego w Austrii nie jest porównywalna do sytuacji stałego zakładu położonego w Niemczech pod względem środków przewidzianych przez Republikę Federalną Niemiec w celu zapobiegania podwójnemu opodatkowaniu zysków spółki będącej rezydentem lub łagodzenia tego opodatkowania”, jednak ze względu na okoliczność, że w odniesieniu do roku podatkowego, o którym mowa w tej części wyroku, Republika Federalna Niemiec przestała wykonywać swoją „kompetencję podatkową w stosunku do dochodów takiego stałego zakładu, odliczenie strat nie jest dopuszczalne w Niemczech”³³.

76. Tymczasem, jak wskazałem powyżej, w niniejszej sprawie § 7 AStG przyznaje właśnie Republice Federalnej Niemiec kompetencję podatkową w stosunku do dochodów zagranicznej spółki pośredniej mającej siedzibę w państwie trzecim, w tym przypadku Y, doliczając je ponownie do podstawy opodatkowania innej osoby prawnej mającej siedzibę w Niemczech, a mianowicie, w postępowaniu głównym, spółki X. Ponadto z przedstawionych okoliczności faktycznych w postępowaniu głównym wynika wyraźnie, że taka kompetencja podatkowa, w przypadku spółki mającej siedzibę w Niemczech, odnosi się zarówno do zysków, jak i do strat poniesionych przez spółkę pośrednią, które są, kolejno, doliczane i brane pod uwagę w ramach podstawy opodatkowania tej pierwszej spółki.

77. O ile system podatkowy spółki mającej siedzibę w Niemczech, która objęła udziały w spółce z siedzibą w państwie trzecim o „niższym” poziomie opodatkowania, z pewnością różni się od tego, jaki znajduje zastosowanie do spółki będącej rezydentem, która zainwestowała kapitał w inną spółkę mającą siedzibę w Niemczech, o tyle Trybunał orzekł już, jak zauważa to sąd odsyłający, że sam fakt stosowania różnych systemów do spółek będących rezydentami w zależności od tego, czy posiadają one udziały w spółkach będących rezydentami czy nie, nie może stanowić kryterium dla oceny obiektywnej porównywalności sytuacji i, w konsekwencji, ustalenia obiektywnej różnicy między nimi³⁴. W rzeczywistości bowiem zastosowanie odmiennych systemów podatkowych leży u podstaw odmiennego traktowania, mimo że w obu przypadkach dane państwo członkowskie wykonuje kompetencje podatkowe wobec dochodu tych spółek będących rezydentami.

78. Moim zdaniem wynika z tego, że uzasadnienie ograniczenia swobodnego przepływu kapitału mogłoby zostać utrzymane, w razie braku dopuszczenia na podstawie art. 57 ust. 1 WE, jedynie na podstawie nadrzędnych względów interesu ogólnego.

2. W przedmiocie istnienia nadrzędnego względu interesu ogólnego

79. Podczas gdy w uzasadnieniu wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym sąd odsyłający odrzuca zapatrywanie, zgodnie z którym ograniczenie swobodnego przepływu kapitału w stosunku do państw trzecich, które wynika z § 7 AStG, może być uzasadnione koniecznością zagwarantowania wpływów podatkowych, zastanawia się on nad możliwością uzasadnienia opartego na przeciwdziałaniu czysto sztucznym strukturom, których celem jest uniknięcie stosowania przepisów danego państwa członkowskiego, który to powód uzasadnienia został zasadniczo przyjęty w wyroku z dnia 12 września 2006 r., *Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas* (C-196/04, EU:C:2006:544). Sąd odsyłający wyraża jednak wątpliwości z jednej strony co do zastosowania tego orzecznictwa, które wpisywało się w kontekst swobody przedsiębiorczości, a z drugiej strony co do proporcjonalnego charakteru zasady ponownego doliczenia przewidzianego przez AStG w przypadku, gdy orzecznictwo to powinno w pełni znaleźć zastosowanie do sytuacji takiej jak w postępowaniu głównym. W tym względzie sąd

³³ W odniesieniu do wcześniejszych lat podatkowych, dla których Republika Federalna Niemiec dopuszczała odliczenie strat poniesionych przez stały zakład położony w Austrii, Trybunał stwierdził, że sytuacja spółki będącej rezydentem posiadającej stały zakład położony w Austrii jest porównywalna do sytuacji spółki będącej rezydentem posiadającej stały zakład położony w Niemczech: zob. wyrok z dnia 17 grudnia 2015 r., *Timac Agro Deutschland* (C-388/14, EU:C:2015:829, pkt 28, 59).

³⁴ Zobacz wyrok z dnia 22 stycznia 2009 r., *STEKO Industriemontage* (C-377/07, EU:C:2009:29, pkt 33).

odsyłający wskazuje, że przepisy te nie znajdują zastosowania wyłącznie w przypadku czysto sztucznych struktur, lecz bez względu na funkcję gospodarczą spółki pośredniczącej mającej siedzibę w danym państwie trzecim, chyba że podatnik będący rezydentem w Niemczech ma możliwość wykazania, iż jego inwestycja odpowiada względom gospodarczym.

80. Rząd niemiecki podnosi natomiast, że zasady dotyczące ponownego doliczenia przewidziane przepisami AStG byłyby uzasadnione nadrzędnymi względami interesu publicznego, takimi jak zrównoważony podział kompetencji podatkowych³⁵ i zapobieganie unikaniu opodatkowania³⁶, w ramach których powołuje się on na konieczność walki z czysto sztucznymi strukturami. W swoich pisemnych uwagach rząd francuski dodaje, że zasady dotyczące ponownego doliczenia mogą również być uzasadnione w celu zagwarantowania skuteczności kontroli podatkowych³⁷.

81. Ze swej strony, *po pierwsze*, w pełni zgadzam się z analizą przeprowadzoną przez sąd odsyłający, zgodnie z którą państwo członkowskie nie może uzasadniać ograniczenia swobodnego przepływu kapitału do państw trzecich ze względu na ochronę poboru wpływów podatkowych. W istocie ten wzgląd o charakterze czysto ekonomicznym został już odrzucony przez Trybunał w sytuacjach dotyczących przepływu kapitału w stosunku do państw trzecich³⁸. W niniejszej sprawie nic nie uzasadnia odejścia od takiego rozwiązania. Ponadto rząd niemiecki nie próbował nawet powołać się przed Trybunałem na ten wzgląd.

82. *Po drugie*, jeśli chodzi o cel dotyczący konieczności zwalczania czysto sztucznych struktur, zwracam uwagę, że Trybunał przyznał, iż taki cel może uzasadniać ograniczenie podstawowej swobody przepływu między państwami członkowskimi, bądź to w ramach jego powiązania z innymi nadrzędnymi względami interesu ogólnego, takimi jak zwalczanie nieuczciwych praktyk³⁹, zapobieganie nadużyciom finansowym lub unikanie opodatkowania⁴⁰, a także, w połączeniu z jednym ze wspomnianych względów, zrównoważony podział kompetencji podatkowych pomiędzy państwa członkowskie⁴¹, bądź to, jak się wydaje, jako samodzielny cel interesu ogólnego⁴².

35 W przedmiocie uznania zasadności celu zachowania zrównoważonego podziału kompetencji podatkowych między państwami członkowskimi zob. w szczególności wyroki: z dnia 13 grudnia 2005 r., Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, pkt 45); z dnia 10 maja 2012 r., Santander Asset Management SGIIC i in. (od C-338/11 do C-347/11, EU:C:2012:286, pkt 47); a także z dnia 24 lutego 2015 r., Grünwald (C-559/13, EU:C:2015:109, pkt 40). W przedmiocie rozszerzenia tego uzasadnienia na ograniczenia swobodnego przepływu kapitału w stosunku do państw trzecich zob. wyrok z dnia 10 kwietnia 2014 r., Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, pkt 100 i przytoczone tam orzecznictwo).

36 W przedmiocie uznania charakteru interesu publicznego w zapobieganiu uchylaniu się od opodatkowania, w tym w stosunkach z państwami trzecimi, zob. w szczególności wyroki: z dnia 30 stycznia 2007 r., Komisja/Dania (C-150/04, EU:C:2007:69, pkt 51 i przytoczone tam orzecznictwo); z dnia 21 stycznia 2010 r., SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, pkt 65); a także z dnia 24 listopada 2016 r., SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, pkt 62).

37 W przedmiocie uznania charakteru interesu ogólnego przez konieczność zapewnienia skuteczności kontroli podatkowych, w tym w stosunkach z państwami trzecimi, zob. w szczególności wyroki: z dnia 18 grudnia 2007 r., A (C-101/05, EU:C:2007:804, pkt 55) oraz z dnia 24 listopada 2016 r., SECIL C-464/14, EU:C:2016:896, pkt 58).

38 Zobacz wyroki: z dnia 10 lutego 2011 r., Haribo Lakritzen Hans Riegel i Österreichische Salinen (C-436/08 i C-437/08, EU:C:2011:61, pkt 125, 126) oraz z dnia 10 kwietnia 2014 r., Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, pkt 101).

39 Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 4 grudnia 2008 r., Jobra (C-330/07, EU:C:2008:685, pkt 35); z dnia 22 grudnia 2010 r., Tankreederei I (C-287/10, EU:C:2010:827, pkt 28). Co do powiązania tego względu z zapobieganiem nadużyciom i uchylaniu się od opodatkowania zob. w szczególności wyroki: z dnia 12 września 2006 r., Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, pkt 48, 51, 55); z dnia 18 czerwca 2009 r., Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377, pkt 63–65). Co do powiązania tego celu z zapobieganiem nadużyciom i oszustwom zob. wyrok z dnia 21 grudnia 2016 r., Masco Denmark i Damixa (C-593/14, EU:C:2016:984, pkt 30).

40 W odniesieniu do powiązania tego względu z zapobieganiem oszustwom podatkowym zob. w szczególności wyroki: z dnia 19 listopada 2009 r., Komisja/Włochy (C-540/07, EU:C:2009:717, pkt 57); z dnia 28 października 2010 r., Établissements Rimbaud (C-72/09, EU:C:2010:645, pkt 34); a także z dnia 24 listopada 2016 r., SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, pkt 59). W odniesieniu do powiązania z zapobieganiem unikaniu opodatkowania zob. w szczególności wyroki: z dnia 18 lipca 2007 r., Oy AA (C-231/05, EU:C:2007:439, pkt 58); z dnia 17 września 2009 r., Glaxo Wellcome (C-182/08, EU:C:2009:559, pkt 89); z dnia 21 stycznia 2010 r., SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, pkt 65); a także z dnia 17 grudnia 2015 r., Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829, pkt 42). W odniesieniu do powiązania z tymi dwoma nadrzędnymi względami interesu ogólnego zob. w szczególności wyroki: z dnia 3 października 2013 r., Itelcar (C-282/12, EU:C:2013:629, pkt 33–35); z dnia 7 listopada 2013 r., K (C-322/11, EU:C:2013:716, pkt 61, 62).

41 Zobacz wyrok z dnia 13 marca 2007 r., Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, pkt 74 i 75).

42 Zobacz wyroki: z dnia 1 kwietnia 2014 r., Felixstowe Dock and Railway Company i in. (C-80/12, EU:C:2014:200, pkt 31, 35), oraz z dnia 6 marca 2018 r., SEGRO i Horváth (C-52/16 i C-113/16, EU:C:2018:157, pkt 114, 115).

83. Wbrew pogładowi sądu odsyłającego zasadność realizacji takiego względu została uznana nie tylko w kontekście stosowania swobody przedsiębiorczości, lecz również w odniesieniu do ograniczeń swobody przepływu kapitału między państwami członkowskimi⁴³ oraz między państwami członkowskimi a państwami trzecimi⁴⁴.

84. W odniesieniu do tej ostatniej kwestii zwracam uwagę, że w wyroku z dnia 24 listopada 2016 r., SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, pkt 59–62), Trybunał zbadał, czy różnica w traktowaniu na gruncie podatkowym spółek będących rezydentami w Portugalii, w zależności od tego, czy otrzymują one dywidendy wypłacane przez spółki będące rezydentami w tym państwie członkowskim lub w państwach trzecich (Tunezja i Liban) – która to różnica zakwalifikowana została jako ograniczenie swobody przepływu kapitału – mogła być uzasadniona koniecznością zapobiegania oszustwom podatkowym i uchylaniu się od opodatkowania. W wyniku tej analizy Trybunał stwierdził, iż przepisy podatkowe będące przedmiotem sporu w tamtej sprawie „wykluczają w sposób ogólny możliwość uniknięcia lub złagodzenia podwójnego opodatkowania dywidend w wymiarze ekonomicznym, jeżeli dywidendy te [są] wypłacane przez spółki mające siedzibę w państwach trzecich, *nie zmierzając przy tym do zapobieżenia zachowaniom polegającym na tworzeniu czysto sztucznych struktur, w oderwaniu od przyczyn ekonomicznych, w celu unikania zwykle należnego podatku lub uzyskania korzyści podatkowej*”⁴⁵. Stąd wywnioskował on, że ograniczenie swobodnego przepływu kapitału nie może być uzasadnione względami związanymi z koniecznością zapobiegania oszustwom podatkowym i uchylaniu się od opodatkowania.

85. Z wyroku tego mogą zostać wyciągnięte dwie kwestie. Po pierwsze, wyrok ten pokazuje, że państwo członkowskie jest uprawnione do powoływania się na cel zwalczania czysto sztucznych struktur w celu unikania zwykle należnego podatku, aby uzasadnić ograniczenie swobodnego przepływu kapitału do lub z państw trzecich. Nie dostrzegam zresztą, jaki byłby sens odmówić państwu członkowskiemu możliwości powołania się na takie uzasadnienie jedynie w kontekście jego stosunków z państwami trzecimi. Po drugie, wyrok ten potwierdza, że cel ten ma taki sam zakres jak przywoływany w stosunkach między państwami członkowskimi. Przede wszystkim rozpatrywane przepisy podatkowe *w szczególności* powinny mieć na celu zapobieganie zachowaniom polegającym na tworzeniu czysto sztucznych struktur.

86. To właśnie pod tym kątem uważam, że niezależnie od kwestii, czy walka z czysto sztucznymi strukturami wyłącznie w celu uniknięcia zwykle należnego podatku powinna zostać zbadana, jak sugeruje to sąd odsyłający, jako nadrzędny wzgląd interesu ogólnego lub, jak twierdzi rząd niemiecki, w kontekście przepisów o zapobieganiu unikaniu opodatkowania, przepisy dotyczące ponownego doliczenia przewidziane przez AStG według mnie wykraczają poza to, co jest konieczne do osiągnięcia tego celu.

87. W istocie, zasady te nie dotyczą *w szczególności* czysto sztucznych struktur, lecz zasadniczo znajdują zastosowanie, na podstawie niewzruszalnego domniemania uchylania się od opodatkowania⁴⁶, do każdego podatnika podlegającego nieograniczonemu obowiązkowi podatkowemu w Niemczech, który to podatnik posiada co najmniej 1% udziałów w spółce mającej siedzibę w państwie trzecim, którego stawka podatku została jednostronnie uznana przez niemieckie ustawodawstwo podatkowe za „niską”.

43 Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 17 września 2009 r., Glaxo Wellcome (C-182/08, EU:C:2009:559, pkt 89), z dnia 3 października 2013 r., Itelcar (C-282/12, EU:C:2013:629, pkt 34) oraz z dnia 6 marca 2018 r., SEGRO i Horváth (C-52/16 i C-113/16, EU:C:2018:157, pkt 114, 115).

44 Zobacz wyroki: z dnia 10 lutego 2011 r., Haribo Lakritzen Hans Riegel i Österreichische Salinen (C-436/08 i C-437/08, EU:C:2011:61, pkt 165) oraz z dnia 24 listopada 2016 r., SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, pkt 59–62).

45 Wyrok z dnia 24 listopada 2016 r., SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, pkt 61) (wyróżnienia moje).

46 Należy zauważyć, że rząd niemiecki uznał niewzruszalny charakter tego domniemania na rozprawie przed Trybunałem.

88. Mając na względzie ich powszechne obowiązywanie, przepisy AStG o ponownym doliczeniu nie realizują w konsekwencji konkretnego celu zmierzającego do zapobiegania zachowaniom polegającym na tworzeniu czysto sztucznych struktur, w oderwaniu od przyczyn ekonomicznych, w celu unikania zwykle należnego podatku⁴⁷.

89. W związku z tym uważam, że przepisy o ponownym doliczeniu przewidziane przez AStG nie mogą być uzasadnione względami związanymi z zapobieganiem unikaniu opodatkowania i ze zwalczaniem czysto sztucznych struktur.

90. Wynika z tego, że nie ma potrzeby orzekania w przedmiocie przedstawionej w pisemnych uwagach propozycji rządu francuskiego, zgodnie z którą Trybunał powinien uznać, że wobec państw trzecich państwa członkowskie upoważnione są do utrzymania swoich przepisów krajowych dotyczących zwalczania czysto sztucznych struktur, które mają za cel *zasadniczy*, ale *nie wyłączny*, unikanie podatku, który zwykle byłby należny⁴⁸. W każdym razie z wyroków z dnia 10 lutego 2011 r., Haribo Lakritzen Hans Riegel i Österreichische Salinen (C-436/08 i C-437/08, EU:C:2011:61, pkt 165), oraz z dnia 24 listopada 2016 r., SECIL, (C-464/14, EU:C:2016:896, pkt 59), wyraźnie wynika, że również w stosunkach z państwami trzecimi dana transakcja stanowi czysto sztuczną strukturę, jeżeli ma za *wyłączny cel* unikanie zwykle należnego podatku lub uzyskanie korzyści podatkowej.

91. *Po trzecie*, udzielenie odpowiedzi na pytanie o to, czy przepisy AStG o ponownym doliczeniu mogą być uzasadnione koniecznością zachowania podziału kompetencji podatkowej między państwa członkowskie i skuteczności kontroli podatkowych, rozpatrywanymi łącznie, jest moim zdaniem znacznie trudniejsze.

92. Co do zasady zwracam uwagę, że Trybunał zbadał już łącznie owe dwa nadrzędne względy interesu ogólnego⁴⁹ i uznał, że względy te mogą być powoływane przez państwa członkowskie w celu uzasadnienia ograniczeń swobody przepływu kapitału do lub z państw trzecich⁵⁰.

93. Jeżeli chodzi o potrzebę zachowania kompetencji podatkowych państw członkowskich, wzgląd ten może zostać przyjęty, jeżeli dany system zmierza do zapobiegania zachowaniom, które mogłyby zagrażać prawu państwa członkowskiego do wykonywania przysługującej mu kompetencji podatkowej w związku z działalnością wykonywaną na jego terytorium⁵¹.

47 Zobacz w tym kontekście analogicznie wyroki: z dnia 1 kwietnia 2014 r., Felixstowe Dock and Railway Company i in. (C-80/12, EU:C:2014:200, pkt 34); z dnia 10 lutego 2011 r., Haribo Lakritzen Hans Riegel et Österreichische Salinen (C-436/08 i C-437/08, EU:C:2011:61, pkt 165); a także z dnia 24 listopada 2016 r., SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, pkt 61).

48 Rząd francuski wywodzi swoją argumentację z jednej strony z wyroku z dnia 13 marca 2007 r., Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, pkt 81), a z drugiej strony z niektórych aktów prawa wtórnego Unii, wyraźnie późniejszych od okoliczności faktycznych sporu w postępowaniu głównym (a zatem w każdym razie nieistotnych), a zwłaszcza z dyrektywy Rady (UE) 2016/1164 z dnia 12 lipca 2016 r. ustanawiającej przepisy mające na celu przeciwdziałanie praktykom unikania opodatkowania, które mają bezpośredni wpływ na funkcjonowanie rynku wewnętrznego (Dz.U. 2016, L 193, s. 1). Wprawdzie pkt 81 wyroku z dnia 13 marca 2007 r., Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161), odsyła do „zasadniczego”, a nie wyłącznego celu danej transakcji, by została ona uznana za całkowicie sztuczną strukturę, zwracam jednak uwagę, że w pkt 82 tego wyroku czysto sztuczne struktury scharakteryzowane są ze względu na ich „wyłącznie podatkowy cel”. Zgodnie z moją wiedzą pkt 81 wyroku z dnia 13 marca 2007 r., Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161), został powołany tylko raz, w pkt 30 wyroku z dnia 17 stycznia 2008 r., Lammers & Van Cleeff (C-105/07, EU:C:2008:24). Aktualne orzecznictwo natomiast w znaczącej większości odnosi się do jednolitego lub wyłącznego charakteru celu zamierzonego przez daną transakcję; zob. wyroki: z dnia 4 grudnia 2008 r., Jobra (C-330/07, EU:C:2008:685, pkt 35); z dnia 17 września 2009 r., Glaxo Wellcome (C-182/08, EU:C:2009:559, pkt 89, 92); z dnia 22 grudnia 2010 r., Tankreederei I (C-287/10, EU:C:2010:827, pkt 28); z dnia 10 lutego 2011 r., Haribo Lakritzen Hans Riegel i Österreichische Salinen (C-436/08 i C-437/08, EU:C:2011:61, pkt 165); z dnia 5 lipca 2012 r., SIAT (C-318/10, EU:C:2012:415, pkt 41); z dnia 3 października 2013 r., Itelcar (C-282/12, EU:C:2013:629, pkt 34); z dnia 13 listopada 2014 r., Komisja/Zjednoczone Królestwo (C-112/14, niepublikowany, EU:C:2014:2369, pkt 25); z dnia 24 listopada 2016 r., SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, pkt 59); a także z dnia 7 września 2017 r., Eqiom i Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, pkt 34). Zobacz także postanowienie z dnia 23 kwietnia 2008 r., Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation (C-201/05, EU:C:2008:239, pkt 84).

49 Zobacz wyrok z dnia 5 lipca 2012 r., SIAT (C-318/10, EU:C:2012:415, pkt 48).

50 Zobacz wyrok z dnia 10 kwietnia 2014 r., Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, pkt 71, 100 i przytoczone tam orzecznictwo).

51 Zobacz wyrok z dnia 10 kwietnia 2014 r., Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, pkt 98 i przytoczone tam orzecznictwo).

94. Moim zdaniem nie ma żadnych wątpliwości, że przepisy AStG o ponownym doliczeniu są właściwe do osiągnięcia celu zwalczania takich zachowań, ponieważ zmierzają do zapobiegnięcia, w sprawie w postępowaniu głównym, aby działalność niemieckich klubów sportowych była wyłączona spod kompetencji podatkowej Republiki Federalnej Niemiec, przyznając zarządzanie udziałami w zyskach tych klubów spółce z siedzibą w państwie trzecim. W związku z tym dochody uzyskiwane przez tę spółkę z tytułu działalności związanej z zarządzaniem udziałami w zyskach klubów sportowych w Niemczech są włączone do podstawy opodatkowania podatkiem jej niemieckiego udziałowca, spółki X, w celu uniknięcia erozji podstawy opodatkowania tej spółki w Niemczech.

95. Niektóre aspekty tego środka krajowego wydają mi się również odpowiednie. Po pierwsze, przepisy AStG o ponownym doliczeniu mają zastosowanie wyłącznie do tak zwanych „pasywnych” działalności spółek pośrednich mających siedzibę w państwach trzecich, które stosują stawkę opodatkowania zysków niższą niż 25%. Następnie, jakkolwiek przepisy o ponownym doliczeniu mają zastosowanie niezależnie od podziału zysków, jak zauważył to sąd odsyłający, *faktyczne* wypłaty zysków dokonane przez spółkę pośrednią na rzecz jej niemieckich udziałowców są zwolnione z podatku w Republice Federalnej Niemiec. Wreszcie, podatek pobrany u źródła dochodu w danym państwie trzecim od kwoty wypłaty może zostać zaliczony na poczet podatku związanego z kwotą ponownie doliczaną do podstawy opodatkowania niemieckiego udziałowca lub odliczony od tego podatku, stosownie do postanowień AStG.

96. Jednakże na mocy AStG wspólnik niemieckiej spółki pośredniej mającej siedzibę w państwie trzecim nie może uchylić się od stosowania zasady ponownego doliczenia, przedstawiając dowód na to, że mimo „pasywnego” charakteru działalności prowadzonej przez spółkę pośrednią działalność ta jest prowadzona z oczywistych względów handlowych lub gospodarczych, zapewniając, że dochody spółki pośredniczącej nie są opodatkowane po stronie tego wspólnika.

97. Podczas gdy w stosunkach *między państwami członkowskimi Unii* nie można a priori wykluczyć, że podatnik będzie w stanie dostarczyć właściwe dowody umożliwiające organom podatkowym państwa członkowskiego, w którym następuje opodatkowanie, sprawdzenie, czy spełnia on warunki uprawniające do uzyskania ulgi podatkowej, Trybunał wielokrotnie orzekał, iż orzecznictwo to nie może zostać w całości zastosowane do przepływów kapitału *między państwami członkowskimi i państwami trzecimi*, które wpisują się w inny kontekst prawny⁵².

98. W istocie, w relacjach z państwami trzecimi transponowanie orzecznictwa mającego zastosowanie między państwami członkowskimi Unii wymaga ustanowienia zobowiązania wzajemnej pomocy między właściwymi organami danego państwa członkowskiego a organami państwa trzeciego odpowiadającego ramom współpracy, w ramach Unii, przewidzianym przez dyrektywę 77/799/EWG Rady z dnia 19 grudnia 1977 r. dotyczącą wzajemnej pomocy właściwych władz państw członkowskich w dziedzinie podatków bezpośrednich⁵³.

99. W kontekście niniejszej sprawy takie ramy współpracy i wzajemnej pomocy w sprawach podatkowych mogłyby zapewnić organom danego państwa członkowskiego możliwość sprawdzenia w szczególności, czy spółka z siedzibą w państwie trzecim, pomimo „pasywnego” charakteru swojej działalności, prowadzi faktyczną lub rzeczywistą działalność gospodarczą, wspomaganą personelem, wyposażeniem, środkami trwałymi i lokalami, a nie jest zaś zwykłą spółką o charakterze „skrzynki na listy”.

⁵² Zobacz podobnie wyrok z dnia 10 kwietnia 2014 r., *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* (C-190/12, EU:C:2014:249, pkt 81, 82 i przytoczone tam orzecznictwo).

⁵³ Dz.U. 1977, L 336, s. 15. Zobacz zwłaszcza wyrok z dnia 10 kwietnia 2014 r., *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* (C-190/12, EU:C:2014:249, pkt 83 i przytoczone tam orzecznictwo).

100. Tymczasem, ogólnie rzecz ujmując, nie dokonując rozróżnienia między państwami trzecimi w zależności od tego, czy dysponują one ramami współpracy i wymiany informacji z dyrektywy 77/799 z Republiką Federalną Niemiec, przepisy o ponownym doliczeniu przewidziane przez AStG według mnie wykraczają poza to, co jest konieczne do osiągnięcia celów zachowania władztwa podatkowego danego państwa członkowskiego i skuteczności kontroli podatkowych. Stosowanie przewidzianej przez AStG zasady ponownego doliczenia, w przypadku podatnika niemieckiego posiadającego udziały w spółce mającej siedzibę w państwie trzecim i w odniesieniu do której zostanie ustalone na podstawie w szczególności umownych ram wzajemnej wymiany informacji w sprawach podatkowych między tym krajem a Republiką Federalną Niemiec, że w rzeczywistości wykonuje ona działalność gospodarczą, naruszyłoby kompetencje podatkowe państwa siedziby spółki i sugerowałoby moim zdaniem, że przepisy AStG o ponownym doliczeniu służą ostatecznie generowaniu wpływów dla fiskusa niemieckiego⁵⁴.

101. Jednakże, z zastrzeżeniem dokonania dalszej weryfikacji przez sąd odsyłający, stwierdzenie to może zostać pozbawione praktycznego skutku w postępowaniu głównym.

102. W tym względzie, jeżeli sąd odsyłający w żaden sposób nie dostarcza Trybunałowi informacji na temat istnienia ram współpracy i wzajemnej pomocy w dziedzinie opodatkowania między Republiką Federalną Niemiec i Konfederacją Szwajcarską, nie może zostać pominięte całkowitym milczeniem to, że takie ramy współpracy zostały wprowadzone między tymi dwoma państwami od czasu wejścia w życie, z dniem 1 stycznia 2017 r., sporządzonej przez Organizację Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD) oraz Radę Europy Konwencji o wzajemnej pomocy administracyjnej w sprawach podatkowych, podpisanej w Strasburgu dnia 25 stycznia 1988 r.⁵⁵. Artykuł 4 tej konwencji stanowi, że strony będą wymieniać między sobą wszelkie informacje, w szczególności te, które zgodnie z postanowieniami zawartymi w tym tytule mogą mieć istotne znaczenie dla stosowania lub wdrażania wewnętrznego ustawodawstwa dotyczącego podatków objętych ową konwencją, które obejmują, stosownie do jej art. 2, podatki od dochodu lub zysków.

103. Jednakże, zgodnie z art. 30 konwencji, zatytułowanym „Zastrzeżenia”, Konfederacja Szwajcarska w momencie składania swojego dokumentu ratyfikacyjnego dodała, że „nie udziela pomocy administracyjnej w związku z wierzytelnościami podatkowymi, które obowiązują już w dniu wejścia w życie konwencji” dla tej umawiającej się strony, czyli przed dniem 1 stycznia 2017 r.

104. Wynika z tego, że w odniesieniu do lat podatkowych spornych w postępowaniu głównym, dla przypomnienia, 2005 i 2006, sąd odsyłający najprawdopodobniej doszedłby do stwierdzenia, że Konwencja o wzajemnej pomocy administracyjnej w sprawach podatkowych nie upoważnia niemieckich organów podatkowych do zweryfikowania u ich szwajcarskich odpowiedników rzeczywistego charakteru działalności spółki pośredniej Y, mającej siedzibę w Szwajcarii.

105. W związku z tym, mając na względzie okoliczności sprawy w postępowaniu głównym – chyba że istnieją ramy dwustronnej wymiany informacji w sprawach podatkowych między Republiką Federalną Niemiec i Konfederacją Szwajcarską, które miałyby zastosowanie do okoliczności faktycznych w postępowaniu głównym, czego zbadanie należy do sądu odsyłającego – uważam, że *stosowanie* przepisów dotyczących ponownego doliczenia przewidzianych przez AStG mogłoby być uzasadnione dążeniem do zachowania kompetencji podatkowych i skuteczności kontroli podatkowych danego państwa członkowskiego.

54 Ponadto, jak podnosi Komisja w swoich pisemnych uwagach, w ramach stosunków między państwami członkowskimi Unii, po latach podatkowych rozpatrywanych w niniejszej sprawie, niemiecki ustawodawca zmienił AStG za pomocą Jahressteuergesetz 2008 (ustawy o finansach na rok 2008, BGBl. I, s. 3150) w ten sposób, że umożliwił podatnikowi niemieckiemu odstąpienie od stosowania przepisów o ponownym doliczeniu, jeśli wykaże on, że spółka z siedzibą w innym państwie członkowskim wykonuje rzeczywistą działalność gospodarczą.

55 ETS nr 127. Tekst tej konwencji, zastrzeżenia, które zostały do niej przedstawione, oraz stan ratyfikacji można znaleźć na stronie: <https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/127>. Republika Federalna Niemiec ratyfikowała tę konwencję w dniu 28 sierpnia 2015 r. i weszła ona w życie w tym państwie członkowskim w dniu 1 grudnia 2015 r.

III. Wnioski

106. W świetle rozważań, które zostały przedstawione w niniejszej opinii proponuję, by Trybunał odpowiedział w następujący sposób na pytania prejudycjalne skierowane przez Bundesfinanzhof (federalny trybunał finansowy, Niemcy):

Artykuł 57 ust. 1 WE powinien być interpretowany w ten sposób, że zakresem jego stosowania jest objęte uregulowanie krajowe, które w dniu 31 grudnia 1993 r. przewidywało po stronie podatnika państwa członkowskiego opodatkowanie inwestycji bezpośrednich w spółkę zagraniczną z siedzibą w państwie trzecim, w której udział wynosił przynajmniej 10%, którego skutki nadal istniały po dniu 31 grudnia 1993 r., zanim zostało ono zastąpione innymi przepisami krajowymi, które w przypadku inwestycji bezpośrednich są pod względem treści identyczne jak uregulowanie, które obowiązywało w dniu 31 grudnia 1993 r.