



## Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO  
PRIITA PIKAMÄE  
przedstawiona w dniu 5 czerwca 2019 r.<sup>1</sup>

**Sprawa C-641/17**

**College Pension Plan of British Columbia  
przeciwko  
Finanzamt München III**

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Finanzgericht München (sąd finansowy w Monachium, Niemcy)]

Odesłanie prejudycjalne – Podatki bezpośrednie – Swobodny przepływ kapitału – Przepływy kapitału między państwami członkowskimi i państwami trzecimi – Podatek dochodowy od osób prawnych – Fundusze emerytalne będące i niebędące rezydentami – Opodatkowanie dywidend z portfela akcji – Pobranie podatku u źródła – Pełne zaliczenie kwoty pobranej u źródła na poczet podatku od osób prawnych – Obniżenie zysku podlegającego opodatkowaniu poprzez rezerwy matematyczne przeznaczone na wypłaty emerytur – Ograniczenie – Porównywalność – Uwzględnienie rezerw matematycznych – Związek między rezerwami matematycznymi i innymi rezerwami technicznymi, z jednej strony, a otrzymywaniem dywidend, z drugiej strony – Względy uzasadniające – Umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania – Klauzula „standstill” – Kryteria czasowe i przedmiotowe

1. W niniejszym wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym na podstawie art. 267 TFUE Finanzgericht München (sąd finansowy w Monachium, Niemcy) zwraca się do Trybunału z dwoma pytaniami dotyczącymi wykładni postanowień prawa pierwotnego odnoszących się do swobodnego przepływu kapitału, a mianowicie art. 63–65 TFUE<sup>2</sup>. Związek pomiędzy tą swobodą a treścią przepisów krajowych dotyczących bezpośredniego opodatkowania dywidend stanowi sedno niniejszego postępowania prejudycjalnego.

2. Wniosek ten został złożony w ramach sporu pomiędzy College Pension Plan of British Columbia (zwanym dalej „CPP”), funduszem emerytalnym w postaci trustu prawa kanadyjskiego, z jednej strony, a Finanzamt München (Abteilung III) (niemieckim urzędem podatkowym w Monachium, wydział III, Niemcy), z drugiej strony. Ściślej rzecz ujmując, w latach 2007–2010 trust ten otrzymał za pośrednictwem kanadyjskiego powiernika dywidendy od różnych niemieckich spółek akcyjnych, w odniesieniu do których niemieckie organy podatkowe odmówiły zwolnienia z niemieckiego podatku od dochodów kapitałowych.

3. Do Trybunału zwrócono się w szczególności o ustalenie, czy postanowienia dotyczące swobodnego przepływu kapitału znajdujące się w traktacie FUE należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie ustawodawstwu niemieckiemu, na mocy którego podatek pobierany u źródła od dywidend może zostać zaliczony na poczet podatku dochodowego od osób prawnych, który powinien zostać

<sup>1</sup> Język oryginału: francuski.

<sup>2</sup> Ze względu na to że pytania prejudycjalne dotyczą art. 63–65 TFUE, a ich treść jest identyczna z treścią art. 56–58 traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (traktatu WE), który go poprzedzał, będą się odnosił do nich, pomimo że część okoliczności faktycznych sięga okresu sprzed dnia 1 grudnia 2009 r.

zapłacony przez fundusze emerytalne będące rezydentami, i na mocy którego rezerwy mogą zostać również uwzględnione w tych ramach w celu zmniejszenia zysku podlegającego opodatkowaniu, podczas gdy fundusz emerytalny niebędący rezydentem nie może dokonać takiego odliczenia. Ponadto powstaje również kwestia stosowania klauzuli „standstill” przewidzianej w art. 64 ust. 1 TFUE.

4. Badanie systemu podatkowego mającego zastosowanie do dywidend wypłacanych funduszom emerytalnym podlegającym ograniczonemu obowiązkowi podatkowemu, w świetle swobody przepływu kapitału, było już przedmiotem wielu spraw przed Trybunałem<sup>3</sup>. Jakkolwiek orzecznictwo w tej dziedzinie jest już bogate, to jednak kwestie dotyczące istnienia ewentualnego ograniczenia i porównywalności sytuacji podatników będących rezydentami i niebędących rezydentami mogą okazać się niekiedy złożone. Niniejsza sprawa jest tego dobrym przykładem.

## I. Ramy prawne

### A. Ustawa o nadzorze nad instytucjami ubezpieczeniowymi

5. Z akt sprawy przedłożonych Trybunałowi wynika, że w latach 2007–2010 fundusze emerytalne i ich działalność były regulowane przez „Versicherungsaufsichtsgesetz” (ustawę o nadzorze nad instytucjami ubezpieczeniowymi), w wersji opublikowanej w dniu 17 grudnia 1992 r. (zwaną dalej „VAG 1992”)<sup>4</sup>. Paragraf 112 VAG 1992 zawierał definicję funduszy emerytalnych. Zgodnie z dokumentacją przedstawioną Trybunałowi, ustęp 1 tego przepisu miał następujące brzmienie:

„Fundusz emerytalny jest instytucją ubezpieczeniową posiadającą zdolność prawną

1. wypłacającą, na zasadzie kapitalizacji, świadczenia emerytalne dla jednego lub kilku pracodawców na rzecz ich pracowników,
  2. która nie może gwarantować, w przypadku wszystkich przewidzianych świadczeń, poprzez ubezpieczenie wysokości świadczeń lub wysokości przyszłych składek, które mają być wpłacane w celu uzyskania tych świadczeń,
  3. która przyznaje pracownikom własne prawo do świadczeń względem funduszu emerytalnego; oraz
  4. która jest zobowiązana do wypłaty świadczenia emerytalnego w formie dożywotnich wypłat”.
6. VAG 1992 została uchylona przez ustawę o modernizacji nadzoru finansowego nad ubezpieczeniami z dnia 1 kwietnia 2015 r.<sup>5</sup> i zastąpiona przez VAG 2015. Paragraf 236 ust. 1 VAG 2015 zawiera definicję funduszy emerytalnych, która odpowiada definicji zawartej w § 112 VAG 1992.

<sup>3</sup> Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 8 listopada 2012 r., Komisja/Finlandia, C-342/10, EU:C:2012:688; z dnia 22 listopada 2012 r., Komisja/Niemcy, C-600/10, EU:C:2012:737, oraz z dnia 2 czerwca 2016 r., Pensioenfonds Metaal en Techniek, C-252/14, EU:C:2016:402.

<sup>4</sup> Niemiecki dziennik urzędowy (BGBl) 1993 I, s. 2.

<sup>5</sup> BGBl 2015 I, s. 434.

## B. Ustawodawstwo podatkowe dotyczące funduszy emerytalnych

7. Z akt przedłożonych Trybunałowi wynika, że niemiecki system opodatkowania dochodów kapitałowych wynika z przepisów Einkommensteuergesetz (ustawy o podatku dochodowym, zwanej dalej „EStG”), w brzmieniu opublikowanym w dniu 19 października 2002 r.<sup>6</sup>, w odniesieniu do opodatkowania osób prawnych w związku z przepisami Körperschaftssteuergesetz (ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, zwanej dalej „KStG”), w wersji opublikowanej w dniu 15 października 2002 r.<sup>7</sup>.

### 1. System podatkowy funduszy emerytalnych z siedzibą w Niemczech

8. Jako spółka kapitałowa mająca siedzibę w Niemczech niemiecki fundusz emerytalny podlega nieograniczonemu obowiązkowi podatkowemu w zakresie podatku dochodowego od osób prawnych zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1 KStG. Zgodnie z § 7 ust. 1 KStG jego zysk podlegający opodatkowaniu jest objęty podatkiem dochodowym od osób prawnych. Zgodnie z § 23 KStG zysk niemieckich funduszy emerytalnych powinien być opodatkowany stawką w wysokości 15% tytułem podatku dochodowego od osób prawnych.

9. Zgodnie z § 8 ust. 1 zdanie pierwsze KStG zysk podlegający opodatkowaniu jest określany zgodnie z przepisami EStG. Zgodnie z przepisami § 8 ust. 2 KStG w związku z § 2 ust. 1 pkt 2 EStG wszystkie dochody z funduszy emerytalnych podlegających nieograniczonemu obowiązkowi podatkowemu należy uważać za dochody uzyskiwane z tytułu działalności przemysłowej lub handlowej. Zgodnie z § 2 ust. 2 pkt 1 EStG dochody generowane przez działalność przemysłową lub handlową stanowią zysk zrealizowany w danym roku podatkowym.

10. Zwolnienia podatkowe przewidziane dla dywidend i zysków kapitałowych, o których mowa w § 8b ust. 1 i 2 KStG, nie mają zastosowania do funduszy emerytalnych na podstawie § 8b ust. 8 zdania pierwsze i piąte KStG.

11. Zgodnie z § 20 ust. 1 EStG dywidendy wypłacane z zysków uznaje się za dochody kapitałowe.

12. Zgodnie z przepisami § 43 i 44 EStG podatek od dochodów kapitałowych jest pobierany u źródła od dochodów kapitałowych i jest uiszczany przez spółkę wypłacającą dywidendy. Podatek ten wynosi 25% dywidend brutto.

13. Paragraf 4 ust. 1 zdanie pierwsze EStG przewiduje, że „[z]ysk jest równy różnicy pomiędzy majątkiem przedsiębiorstwa na koniec roku podatkowego a majątkiem przedsiębiorstwa na koniec poprzedniego roku kalendarzowego, powiększonej o wartość wypłat i zmniejszonej o wartość wkładów”.

14. Zgodnie z § 5 EStG majątek jest określany przy zastosowaniu zasad rachunkowości prawa handlowego. Tak więc, różnica ta jest ustalana na podstawie bilansu podatkowego, który z kolei jest oparty na bilansie rachunkowym.

15. Zgodnie z § 31 ust. 1 zdanie pierwsze KStG w związku z § 36 ust. 2 pkt 2 EStG podatek od dochodów kapitałowych nałożony na dywidendy, który został pobrany w formie podatku u źródła i który został już zapłacony w trakcie roku podatkowego, może zostać w całości zaliczony na poczet podatku dochodowego od osób prawnych.

6 BGBl. 2002 I, s. 4210, i BGBl. 2003 I, s. 179.

7 BGBl. 2002 I, s. 4144.

16. Zgodnie z § 36 ust. 4 zdanie drugie EStG „[j]eśli w wyniku rozliczenia powstaje nadwyżka na korzyść podatnika, nadwyżka ta jest mu wypłacana po doręczeniu decyzji podatkowej”.

17. Zgodnie ze wskazówkami zawartymi w postanowieniu odsyłającym ustawodawstwo niemieckie rozróżnia, na potrzeby systemu podatkowego, zyski zrealizowane z kapitału własnego („zwrot z inwestycji rachunkowych”) oraz zyski zrealizowane z „koszyka pokrycia”<sup>8</sup> („zwrot z inwestycji pozarachunkowych”).

18. Z jednej strony, jeśli chodzi o zwrot z inwestycji rachunkowych, w przypadku gdy zyski finansowe są wyższe niż techniczna stopa procentowa uwzględniana przy obliczaniu składek ubezpieczonych w funduszu emerytalnym, zyski te są bezpośrednio zaliczane na poczet poszczególnych umów w ramach funduszu emerytalnego. Zwiększają one nie tylko aktywa bilansu podatkowego funduszu emerytalnego, lecz również wartość pozycji widniejących po stronie pasywów wspomnianego bilansu, a w szczególności rezerwy matematyczne<sup>9</sup>. W takim przypadku zyski osiągnięte z otrzymanych dywidend są całkowicie zneutralizowane i nie przekładają się na zysk podlegający opodatkowaniu.

19. Z drugiej strony, jeśli chodzi o zwrot z inwestycji pozarachunkowych, w przypadku gdy zyski finansowe są wyższe od technicznej stopy procentowej uwzględnianej przy obliczaniu składek ubezpieczonych do funduszu emerytalnego, zyski te są przeznaczane do wysokości co najmniej 90% na umowy ubezpieczonych. Ów udział w wysokości 90% zysków skutkuje zwiększeniem wartości jednocześnie aktywów wpisanych w bilansie podatkowym oraz pozycji pasywów w bilansie podatkowym, a w szczególności wzrostem wartości rezerw matematycznych tego bilansu. Ta część zysków osiągniętych z otrzymanych dywidend zostaje w całości zneutralizowana i nie przekłada się na zysk podlegający opodatkowaniu. Natomiast udział w wysokości nieprzekraczającej 10% kwoty zysków nie jest przenoszony na poszczególne umowy funduszu emerytalnego i powiększeniu aktywów z tego tytułu nie towarzyszy odpowiedni wzrost po stronie pasywów bilansu. Zyski te przekładają się zatem na wynik, który należy uwzględnić do celów podatkowych.

## **2. System podatkowy zagranicznych funduszy emerytalnych**

20. Zgodnie z § 2 pkt 1 KStG zagraniczny fundusz emerytalny, który nie ma zarządu lub siedziby w Niemczech, podlega ograniczonemu obowiązkowi podatkowemu w zakresie podatku dochodowego od osób prawnych w odniesieniu do dochodów uzyskiwanych na terytorium kraju.

21. Z przepisów § 8 ust. 1 KStG w związku z § 49 ust. 1 pkt 5a EStG i § 20 ust. 1 pkt 1 EStG wynika, że dywidendy, które otrzymuje zagraniczny fundusz emerytalny, stanowią dochody kapitałowe podlegające ograniczonemu obowiązkowi podatkowemu. Te otrzymane dywidendy podlegają w pełni opodatkowaniu na podstawie § 8b ust. 8 zdanie piąte KStG.

22. W przypadku funduszu emerytalnego podlegającego ograniczonemu obowiązkowi podatkowemu podatek jest pobierany u źródła, a dłużnik wypłacający dywidendy powinien dokonać poboru podatku od dochodów kapitałowych, który na podstawie przepisów § 43 ust. 1 pkt 1 i § 43a ust. 1 pkt 1 EStG wynosi co do zasady 25% dywidend brutto.

23. Na podstawie § 50d ust. 1 zdanie trzecie EStG, w przypadku gdy opodatkowanie dywidend jest ograniczone do 15% w ramach umów w sprawie opodatkowania, a fundusz emerytalny składa wniosek o zwrot do Bundeszentralamt für Steuern (federalnego centralnego urzędu skarbowego, Niemcy), różnica pomiędzy pobranym podatkiem od dochodów kapitałowych a stawką podatku dozwoloną na podstawie rozpatrywanej umowy w sprawie opodatkowania jest zwracana temu funduszowi.

<sup>8</sup> W postanowieniu odsyłającym użyto niemieckiego terminu „Deckungsstock”.

<sup>9</sup> Rezerwy matematyczne stanowią kategorię rezerw odpowiadającą rezerwom utworzonym przez fundusz emerytalny w celu zagwarantowania wypłaty świadczeń emerytalnych. Rezerwy te należy szacować zgodnie z § 341f Handelsgesetzbuch (kodeksu handlowego).

24. Zgodnie z § 32 ust. 1 pkt 2 KStG, w przypadku gdy podmiot osiągający zysk podlega ograniczonemu obowiązkowi podatkowemu w Niemczech, podatek od dochodów kapitałowych w wysokości 15% jest ostateczny.

25. Zdaniem sądu odsyłającego z tego względu możliwość zaliczenia podatku od dochodów kapitałowych na poczet podatku dochodowego od osób prawnych jest wyłączona w przypadku zagranicznych funduszy emerytalnych, które nie mogą również odliczyć ewentualnych kosztów działalności od dochodów stanowiących podstawę opodatkowania. Nie są spełnione przesłanki zwrotu podatku dochodowego od osób prawnych podlegających ograniczonemu obowiązkowi podatkowemu, o których mowa w § 32 ust. 5 KStG.

### **C. Umowa dwustronna o unikaniu podwójnego opodatkowania zawarta pomiędzy Republiką Federalną Niemiec i Kanadą**

26. Umowa między Republiką Federalną Niemiec i Kanadą o unikaniu podwójnego opodatkowania w dziedzinie podatków dochodowych i niektórych innych podatków, zapobieganiu unikaniu opodatkowania i udzielaniu pomocy w dziedzinie podatków, sporządzona w Berlinie w dniu 19 kwietnia 2001 r. (zwana dalej „umową dwustronną o unikaniu podwójnego opodatkowania”)<sup>10</sup> przewiduje w art. 10 ust. 2 lit. b), że państwo, z którego pochodzą dywidendy, może pobrać 15% ich kwoty brutto.

27. Zgodnie z art. 23 ust. 1 lit. a) umowy dwustronnej w sprawie podwójnego opodatkowania Kanada, jako państwo siedziby, zapobiega podwójnemu opodatkowaniu dywidend poprzez mechanizm zaliczenia.

## **II. Spór w postępowaniu głównym i pytania prejudycjalne**

28. Przedmiotem działalności CPP jest zarządzanie kapitałem w celu zapewnienia wypłaty świadczeń emerytalnych byłym urzędnikom prowincji Kolumbii Brytyjskiej. W związku z tym tworzy on w swych bilansach rezerwy techniczne odpowiadające zobowiązaniom gwarancyjnym wypłaty emerytur. Za pośrednictwem spółki zarządzającej portfelem CPP posiada udziały w niemieckich spółkach akcyjnych. CPP i ta spółka powiernicza zawarły umowę powiernictwa, na mocy której owa spółka jest związana wytycznymi i instrukcjami CPP, zleciodawcy, w zakresie, w jakim chodzi o decyzje inwestycyjne. W Kanadzie CPP zwolniony jest z wszelkiego opodatkowania zysków.

29. CPP posiadał akcje różnych niemieckich spółek akcyjnych w wysokości mniej niż 1%. W latach 2007–2010 udziały te zapewniły mu dywidendy według zasad opisanych w pkt 17–19 niniejszej opinii. Zgodnie z art. 10 ust. 2 lit. b) umowy dwustronnej o unikaniu podwójnego opodatkowania dywidendy te zostały opodatkowane podatkiem od dochodów kapitałowych w postaci poboru u źródła według stawki wynoszącej 15%, którego wysokość wynosiła łącznie 156 280,10 EUR.

30. W dniu 23 grudnia 2011 r. CPP zwrócił się do urzędu skarbowego w Monachium o wydanie decyzji o zwolnieniu z podatku od dochodów kapitałowych i o zwrot tej kwoty 156 280,10 EUR wraz z odsetkami, ze względu na to, że znajdował się on w niekorzystnej sytuacji w stosunku do niemieckich funduszy emerytalnych, ponieważ podatek od dochodów kapitałowych obciążający dywidendy podlega w całości zwrotowi tym funduszom. Decyzją z dnia 26 maja 2014 r. niemiecki organ podatkowy oddalił ten wniosek.

31. Ponieważ odwołanie wniesione od tej decyzji również zostało oddalone, CPP zwrócił się do sądu odsyłającego, Finanzgericht München (sądu finansowego w Monachium, Niemcy).

<sup>10</sup> BGBl. 2002 II, s. 670.

32. Na wstępie sąd ten wskazuje, że CPP jest porównywalny do niemieckiego funduszu emerytalnego w rozumieniu § 236 VAG 2015, co do czego strony są zresztą zgodne. Ponadto strony w postępowaniu głównym są również zgodne co do tego, że udziały w niemieckich spółkach akcyjnych oraz zyski, które te udziały generują, należy przypisać nie spółce powierniczej, lecz CPP, który jest ich rzeczywistym beneficjentem.

33. W pierwszej kolejności sąd odsyłający wyjaśnia, że w odniesieniu do funduszu emerytalnego będącego rezydentem podatek dochodowy od osób prawnych, któremu on podlega, opiera się na zysku ujętym w bilansie tego funduszu. Ten zysk zależy w szczególności od otrzymanych dywidend i utworzonych rezerw, ponieważ fundusz emerytalny będący rezydentem może odliczyć od zysku podlegającego opodatkowaniu rezerwy na wypłaty emerytur. W ten sposób otrzymywanie dywidend niekoniecznie oznacza podwyższenie należnego podatku dochodowego od osób prawnych lub oznacza jedynie stosunkowo niewielki wzrost tego podatku.

34. Natomiast w odniesieniu do funduszu emerytalnego niebędącego rezydentem sąd odsyłający podnosi, że w sytuacji gdy pobiera dywidendy, podlega on w Niemczech ograniczonemu obowiązkowi podatkowemu w zakresie podatku dochodowego od osób prawnych. Podatek ten jest płacony w formie poboru u źródła, a spółka wypłacająca dywidendy powinna dokonać poboru podatku od dochodów kapitałowych, który co do zasady wynosi 25% dywidend brutto, zgodnie z § 43 ust. 1 pkt 1 i § 43a ust. 1 pkt 1 EStG. Na podstawie art. 10 ust. 2 lit. b) umowy dwustronnej o unikaniu podwójnego opodatkowania opodatkowanie dywidend jest ograniczone do 15%. Różnica pomiędzy pobranym podatkiem od dochodów kapitałowych a tą stawką w wysokości 15% jest zwracana na wniosek przez federalny centralny urząd skarbowy.

35. W tych okolicznościach sąd odsyłający zastanawia się nad kwestią, czy różnica w traktowaniu pod względem podatkowym funduszy emerytalnych niebędących rezydentami, otrzymujących dywidendy, od których podatek jest pobierany u źródła w sposób ostateczny, oraz funduszy emerytalnych będących rezydentami, których otrzymywane dywidendy są również przedmiotem tego poboru, lecz które mogą je zaliczyć na poczet podatku dochodowego od osób prawnych, stanowi ograniczenie swobodnego przepływu kapitału.

36. W przypadku gdyby Trybunał orzekł, że wspomniana różnica w traktowaniu pod względem podatkowym stanowi ograniczenie swobodnego przepływu kapitału, sąd odsyłający zastanawia się nad ewentualnym uzasadnieniem takiego ograniczenia.

37. W drugiej kolejności sąd odsyłający zastanawia się nad stosowaniem klauzuli „standstill” przewidzianej w art. 64 ust. 1 TFUE. W tym względzie podkreśla on, po pierwsze, że § 32 ust. 1 pkt 2 KStG, na mocy którego podatek od dochodów kapitałowych w wysokości 15% jest ostateczny w odniesieniu do podmiotu uzyskującego dochody podlegającego ograniczonemu obowiązkowi podatkowemu w Niemczech i z którego wynika różnica w traktowaniu funduszy emerytalnych będących rezydentami i funduszy emerytalnych niebędących rezydentami, istniał już w dniu 31 grudnia 1993 r. w formie przepisu § 50 ust. 1 pkt 2 KStG z 1991 r., którego brzmienie i funkcjonowanie były identyczne. Po drugie, nie jest istotne, że stawka 25% podatku od dochodów kapitałowych, która istniała już w dniu 31 grudnia 1993 r. na mocy przepisów § 43 ust. 1 pkt 1 w związku z § 43a ust. 1 pkt 1 EStG, została obniżona do 20% w dniu 1 stycznia 2001 r., a następnie podwyższona do 25% w dniu 1 stycznia 2009 r. Zmiana legislacyjna z dnia 1 stycznia 2009 r. zastąpiła różne stawki mające zastosowanie wcześniej do dochodów kapitałowych, czyli 20%, 25% i 30%, jednolitą stawką w wysokości 25%, przy czym przyjęta zasada rządząca podatkiem od dochodów kapitałowych nie została zmieniona. Po trzecie, pojawia się pytanie, czy spełnione jest kryterium przedmiotowe dotyczące świadczenia usług finansowych. W tym względzie należałoby ustalić, czy związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy świadczeniem usług finansowych a przepływami kapitału

w rozumieniu wyroku Wagner-Raith<sup>11</sup> występuje w sprawie takiej jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym.

38. W tych okolicznościach Finanzgericht München (sąd finansowy w Monachium, Niemcy) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

- „1) Czy swoboda przepływu kapitału zgodnie z art. 63 ust. 1 TFUE w związku z art. 65 TFUE sprzeciwia się przepisom państwa członkowskiego, zgodnie z którymi instytucja pracowniczych programów emerytalnych niebędąca rezydentem, która w swojej zasadniczej strukturze jest porównywalna z niemieckim funduszem emerytalnym, nie uzyskuje zmniejszenia obciążeń podatkiem od dochodów kapitałowych z tytułu otrzymanych dywidend, podczas gdy odpowiadające im dywidendy wypłacane krajowym funduszom emerytalnym nie powodują żadnego lub jedynie stosunkowo niewielki wzrost zobowiązania z tytułu podatku dochodowego od osób prawnych z uwagi na to, że w ramach postępowania mającego na celu ustalenie wymiaru podatku te ostatnie mają możliwość obniżenia dochodu podlegającego opodatkowaniu poprzez odliczenie rezerw przeznaczonych na zobowiązania emerytalne i zneutralizowanie zapłaconego podatku od dochodów kapitałowych poprzez zaliczenie na poczet podatku i – jeżeli kwota należnego podatku dochodowego od osób prawnych jest niższa niż kwota zaliczenia – poprzez zwrot podatku?
- 2) W wypadku odpowiedzi twierdzącej na pytanie pierwsze: czy ograniczenie swobody przepływu kapitału poprzez § 32 ust. 1 pkt 2 KStG jest dopuszczalne na podstawie art. 63 TFUE w związku z art. 64 ust. 1 TFUE w stosunku do państw trzecich, ponieważ dotyczy ono świadczenia usług finansowych?”

### III. Postępowanie przed Trybunałem

39. Uwagi na piśmie zostały przedstawione przez CPP, urząd skarbowy w Monachium, rząd niemiecki oraz Komisję Europejską. Zostały one wysłuchane, z wyjątkiem urzędu skarbowego w Monachium, na rozprawie, która odbyła się w dniu 20 marca 2019 r.

### IV. Analiza

40. Na wstępie, po pierwsze, nie ma wątpliwości, że podstawową swobodą, która ma zastosowanie do niniejszego sporu, jest swoboda przepływu kapitału. Z jednej strony, Trybunał przypomniał ostatnio, że przepływem kapitału w rozumieniu art. 63 TFUE są w szczególności inwestycje bezpośrednie w formie udziału w danym przedsiębiorstwie poprzez posiadanie akcji, które dają możliwość rzeczywistego uczestniczenia w zarządzaniu spółką lub w sprawowaniu nad nią kontroli (inwestycje zwane „bezpośrednimi”), jak również nabycie papierów wartościowych na rynku kapitałowym dokonane jedynie w celu lokaty kapitału bez zamiaru uczestniczenia w zarządzaniu przedsiębiorstwem lub sprawowania nad nim kontroli (inwestycje zwane „portfelowymi”)<sup>12</sup>. Z drugiej strony, zgodnie z utrwalonym obecnie orzecznictwem przepisy krajowe, które znajdują zastosowanie do udziałów objętych jedynie w celu lokaty kapitału, bez zamiaru uczestniczenia w zarządzaniu przedsiębiorstwem lub sprawowania nad nim kontroli, należy analizować wyłącznie w świetle swobodnego przepływu

<sup>11</sup> Wyrok z dnia 21 maja 2015 r., Wagner-Raith, C-560/13, EU:C:2015:347, pkt 39, 44.

<sup>12</sup> Zobacz podobnie wyrok z dnia 26 lutego 2019 r., X (spółki pośredniczące z siedzibą w państwach trzecich), C-135/17, EU:C:2019:136, pkt 26 i przytoczone tam orzecznictwo.

kapitału<sup>13 14</sup>. W niniejszej sprawie bezsporne jest, że chodzi o inwestycje finansowe bez zamiaru uczestniczenia w zarządzaniu przedsiębiorstwem lub sprawowania nad nim kontroli, ponieważ kanadyjski fundusz emerytalny posiada udziały w różnych niemieckich spółkach akcyjnych w wysokości mniej niż 1%. Tak więc to właśnie postanowienia dotyczące swobodnego przepływu kapitału, mianowicie postanowienia zawarte w art. 63–65 TFUE, znajdują zastosowanie do sytuacji takiej jak rozpatrywana w postępowaniu głównym.

41. Po drugie, wydaje mi się, że kwestia stosowania klauzuli „standstill” przewidzianej w art. 64 ust. 1 TFUE powinna być analizowana po pytaniu, czy rozpatrywane przepisy stanowią ograniczenie w swobodnym przepływie kapitału w rozumieniu art. 63 ust. 1 TFUE. Brzmienie art. 64 ust. 1 TFUE odnosi się bowiem do „ograniczeń”, co oznacza, że w celu zastosowania tego postanowienia należy na wstępie zaklasyfikować ustawodawstwo krajowe i ustalić, czy system przewidziany przez te przepisy stanowi ograniczenie<sup>15</sup>. Proponuję zatem zbadać pytania prejudycjalne w kolejności, w jakiej zostały zadane.

### **A. W przedmiocie pierwszego pytania prejudycjalnego**

42. Poprzez pytanie pierwsze sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 63 i 65 TFUE należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie ustawodawstwu państwa członkowskiego, nakładającemu podatek pobierany u źródła od dywidend wypłacanych przez spółkę będącą rezydentem na rzecz funduszy emerytalnych będących rezydentami i niebędących rezydentami, przewidując mechanizm całkowitego zaliczenia na poczet podatku dochodowego od osób prawnych wyłącznie w odniesieniu do funduszy emerytalnych będących rezydentami, podczas gdy dla funduszy emerytalnych niebędących rezydentami ów pobór w wysokości 25% stanowi w 3/5 (15%) ostateczny podatek, zaś 2/5 tego poboru (10%) może zostać zwrócone na wniosek.

43. Aby odpowiedzieć na to pytanie, w pierwszej kolejności proponuję zbadać istnienie ograniczenia w swobodnym przepływie kapitału w rozumieniu art. 63 TFUE, a w drugiej kolejności, stosownie do okoliczności, zbadać dopuszczalność takiego ograniczenia.

#### ***1. W przedmiocie istnienia ograniczenia w swobodnym przepływie kapitału***

44. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem ograniczeniami przepływu kapitału są środki mogące zniechęcać osoby niebędące rezydentami do dokonywania inwestycji w danym państwie członkowskim lub mogące zniechęcać osoby będące rezydentami w tym państwie członkowskim do dokonywania inwestycji w innych państwach<sup>16</sup>. Dokładniej rzecz ujmując, niekorzystne traktowanie przez dane państwo członkowskie dywidend wypłacanych spółkom niebędącym rezydentami w stosunku do traktowania zastrzeżonego dla dywidend wypłacanych spółkom będących rezydentami może zniechęcać spółki z siedzibą w państwie członkowskim innym niż to pierwsze państwo członkowskie do inwestowania w tym pierwszym państwie członkowskim, a w konsekwencji stanowi ograniczenie w swobodnym przepływie kapitału, zakazane, co do zasady, przez art. 63 TFUE<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> Zobacz w szczególności wyrok z dnia 24 listopada 2016 r., SECIL, C-464/14, EU:C:2016:896, pkt 33 i przytoczone tam orzecznictwo.

<sup>14</sup> W sytuacji analogicznej do niniejszej sprawy w postępowaniu głównym, w wyroku z dnia 10 kwietnia 2014 r., Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, pkt 34), Trybunał rzeczywiście wyjaśnił, że aby określić, czy rozpatrywane przepisy objęte są zakresem stosowania art. 63 TFUE, należy zbadać nie charakter zwolnienia przewidzianego w tych przepisach ani nie charakter działalności wykonywanej przez fundusz inwestycyjny, ale formę udziału funduszy inwestycyjnych w spółkach będących rezydentami.

<sup>15</sup> W tym względzie pragnę zauważyć, że w niedawnym wyroku z dnia 26 lutego 2019 r., X (Spółki pośrednie mające siedzibę w państwach trzecich, C-135/17, EU:C:2019:136), Trybunał postanowił zbadać pytania w porządku odwrotnym, a mianowicie zbadał rozpatrywane przepisy w pierwszej kolejności w świetle art. 64 ust. 1 TFUE, a następnie art. 63 ust. 1 TFUE.

<sup>16</sup> Wyroki: z dnia 10 maja 2012 r., Santander Asset Management SGIC i in., C-338/11 do C-347/11, EU:C:2012:286, pkt 15; z dnia 17 września 2015 r., Miljoen i in., C-10/14, C-14/14 i C-17/14, EU:C:2015:608, pkt 44, a także z dnia 2 czerwca 2016 r., Pensioenfonds Metaal en Techniek, C-252/14, EU:C:2016:402, pkt 27.

<sup>17</sup> Zobacz w szczególności wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r., Pensioenfonds Metaal en Techniek, C-252/14, EU:C:2016:402, pkt 28 i przytoczone tam orzecznictwo.



45. W niniejszej sprawie rozpatrywane w postępowaniu głównym ustawodawstwo krajowe przewiduje dwuetapowe traktowanie pod względem podatkowym. W pierwszej kolejności, zarówno dywidendy wypłacane na rzecz funduszu emerytalnego będącego rezydentem, jak i dywidendy wypłacane na rzecz funduszu emerytalnego niebędącego rezydentem podlegają poborowi u źródła. W tym celu, co się tyczy dywidend wypłacanych funduszom emerytalnym niebędącym rezydentami, zgodnie ze wskazówkami zawartymi w postanowieniu odsyłającym pobór u źródła jest ostateczny w 3/5 (15%), na podstawie § 32 ust. 1 pkt 2 KStG, podczas gdy 2/5 (10%) tego poboru zostaje zwrócone zgodnie z zasadami opisanymi w pkt 23 niniejszej opinii. I tak, w niniejszej sprawie w postępowaniu głównym rozpatrywane dywidendy podlegały podatkowi pobranemu u źródła w wysokości 15%. Natomiast w odniesieniu do podatku pobieranego u źródła od dywidend wypłacanych funduszowi emerytalnemu będącemu rezydentem z wyjaśnień przedstawionych przez sąd odsyłający wynika, że wynosi on 25%.

46. W drugiej kolejności fundusze emerytalne podlegają w odniesieniu do wypłacanych im dywidend dwóm różnym systemom opodatkowania. Podatek od dochodów kapitałowych obciążający dywidendy otrzymane przez fundusze emerytalne niebędące rezydentami staje się bowiem ostateczny. Natomiast co się tyczy dywidend wypłacanych funduszom emerytalnym będącym rezydentami, to znajdują się one w bilansie księgowym funduszu emerytalnego, który służy jako punkt odniesienia dla ustalenia zysku podlegającego opodatkowaniu, do którego zostanie zastosowany podatek dochodowy od osób prawnych wynoszący 15%<sup>18</sup>. Kiedy podatek ten staje się wymagalny, podatek od dochodów kapitałowych może zostać w całości zaliczony na poczet należnej kwoty. Sąd odsyłający wskazuje bowiem, że na podstawie § 31 KStG w związku z § 36 ust. 2 pkt 2 EStG „[p]odatek od dochodów kapitałowych pobrany od dywidend wypłacanych funduszom podlega w całości zaliczeniu na poczet podatku dochodowego od osób prawnych”<sup>19</sup> i zgodnie z § 36 ust. 4 zdanie drugie EStG, „[j]eśli podatek od dochodów kapitałowych przekracza ustalony podatek dochodowy od osób prawnych, zostaje on zwrócony krajowemu funduszowi emerytalnemu”<sup>20</sup>.

47. Jak wyjaśnia sąd odsyłający, niemiecki fundusz emerytalny ma możliwość, po pierwsze, obniżenia swojego zysku podlegającego opodatkowaniu podatkiem dochodowym od osób prawnych poprzez uwzględnienie rezerw na świadczenie emerytalne, a po drugie, zaliczenia na poczet podatku dochodowego od osób prawnych podatku od dochodów kapitałowych, który został potrącony. W związku z tym wydaje mi się, że w niniejszej sprawie podnoszone ograniczenie swobodnego przepływu kapitału może wynikać z tych dwóch odrębnych mechanizmów opodatkowania przewidzianych w ustawodawstwie krajowym. Z jednej strony może bowiem wynikać z faktu, że zysk podlegający opodatkowaniu z tytułu podatku dochodowego od osób prawnych zależy w części od rezerw utworzonych przez fundusz emerytalny, które ograniczają jego zysk podlegający opodatkowaniu. Z drugiej strony, ograniczenie to mogłoby wynikać z faktu, że fundusz emerytalny będący rezydentem może zaliczyć na poczet podatku dochodowego od osób prawnych zapłacony podatek od dochodów kapitałowych i uzyskać zwrot nadwyżki tego podatku. Proponuję zbadać te mechanizmy w celu ustalenia, który z tych dwóch, a może oba, leżą u podstaw zarzucanego ograniczenia.

48. W odniesieniu do rezerw utworzonych przez fundusz emerytalny sąd odsyłający wyjaśnia, że rezerwy matematyczne stanowią specyficzną formę rezerw na niepewne zobowiązania, które przewidują przyznanie świadczeń emerytur pracowniczych w przyszłości przez fundusz emerytalny na rzecz jego ubezpieczonych. Wskazuje on, że z powodu rezerw, które zostały utworzone przez fundusz

18 W swoich uwagach na piśmie CPP podnosi, że dodatek solidarnościowy w wysokości 5,5% ma charakter dodatkowy w stosunku do podatku dochodowego od osób prawnych, tak że wynika z tego całkowite obciążenie podatkowe w wysokości 15,825%. Pragnę jednak zauważyć, że we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym sąd odsyłający prowadzi rozumowanie opierając się na podatku dochodowym od osób prawnych w wysokości 15%. W niniejszej opinii będę się odnosił do stawki w wysokości 15%.

19 Sąd odsyłający wskazuje również, że „podatek od dochodów kapitałowych jest zaliczany w całości na poczet podatku dochodowego od osób prawnych należnego od niemieckich funduszy emerytalnych podlegających nieograniczonemu obowiązkowi podatkowemu”.

20 W swoich uwagach na piśmie CPP podkreśla, że na poczet podatku dochodowego od osób prawnych można zaliczyć zarówno podatek od dochodów kapitałowych, jak i dodatek solidarnościowy, jaki fundusz emerytalny zobowiązany jest zapłacić. Tymczasem takie wyjaśnienie nie zostało zawarte we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym. W niniejszej opinii będzie mowa o podatku od dochodów kapitałowych, który może zostać zaliczony, w wysokości 25% dywidend brutto.

emerytalny i znajdują się w kolumnie pasywów bilansu księgowego, a w szczególności rezerw matematycznych utworzonych w celu podjęcia zobowiązań emerytalnych, zysk podlegający opodatkowaniu, stanowiący podstawę ustalenia należnej kwoty podatku dochodowego od osób prawnych, może być „względnie niski”.

49. Tak więc zgodnie z wyjaśnieniami zawartymi we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wypłata dywidend nie przekłada się zwykle na podwyższenie zysku podlegającego opodatkowaniu na podstawie bilansu księgowego, jako że pasywa tego bilansu, a w szczególności znajdujące się w nich rezerwy matematyczne, wzrastają wraz z aktywami<sup>21</sup>. Podlegający opodatkowaniu zysk wzrasta jedynie w przypadku, gdy zyski nie są przenoszone na umowy ubezpieczonych, w którym to przypadku prowadzą one do zwiększenia aktywów funduszu emerytalnego, lecz nie prowadzą do odpowiedniego zwiększenia pasywów tego funduszu. Chodzi o przypadek 10% zysków niezaliczonych na poczet umów z ubezpieczonymi, o którym mowa w pkt 19 niniejszej opinii. W takim przypadku ta pozostała część 10% zysku nie powraca do ubezpieczonych, w związku z czym rezerwy matematyczne nie wzrosną. Ta pozostała część zysków niezaliczona na poczet umów ubezpieczonych nie zwiększy zatem również kwoty świadczeń emerytalnych, które zostaną wypłacone ubezpieczonym z upływem terminu (czyli na ich emeryturze).

50. Z powyższego wynika, że dywidendy otrzymywane przez fundusz emerytalny będący rezydentem – chyba że chodzi o pozostałą część 10% zysków, która nie została zaliczona na poczet umów ubezpieczonych – są zazwyczaj zaliczane na poczet tych umów, tak że podlegający opodatkowaniu zysk stanowiący podstawę podatku dochodowego od osób prawnych nie wzrasta lub wzrasta bardzo nieznacznie.

51. W celu udzielenia odpowiedzi na pytanie, w jakim zakresie zwiększenie rezerw może mieć wpływ na rzeczywiste obciążenie podatkowe związane z wypłaconymi dywidendami, pragnę na wstępie zauważyć, że w sprawach dotyczących dywidend „wychodzących” i opodatkowania u źródła Trybunał badał sposób traktowania dywidend, a nie zysku podlegającego opodatkowaniu<sup>22</sup>.

52. W odniesieniu do tego traktowania należy ustalić rzeczywiste obciążenie podatkowe związane z dywidendami, jeżeli zostały one obciążone łącznie podatkiem od dochodów kapitałowych w wysokości 25%, który jest pobierany u źródła, i podatkiem dochodowym od osób prawnych w wysokości 15%. Podejście dotyczące ustalania ograniczenia w swobodnym przepływie kapitału poprzez badanie rzeczywistego obciążenia podatkowego znajduje moim zdaniem potwierdzenie w orzecznictwie Trybunału. Przede wszystkim bowiem w wielu sprawach dotyczących opodatkowania dywidend Trybunał pozostawił już sądowi krajowemu zadanie ustalenia, czy podatnicy niebędący rezydentami ponosili ostatecznie większe obciążenie podatkowe w państwie, które dokonało poboru podatku u źródła, niż obciążenie, które ponosili podatnicy będący rezydentami w odniesieniu do dywidend o tym samym charakterze<sup>23</sup>. Następnie w wyroku Hirvonen<sup>24</sup>, Trybunał zasadniczo orzekł, że opodatkowanie dochodów brutto osoby podlegającej ograniczonemu obowiązkowi podatkowemu jest zgodne z prawem Unii, o ile nie jest ono ostatecznie wyższe od opodatkowania dochodów netto stawką mającą zastosowanie do osób podlegających nieograniczonemu obowiązkowi

21 Sąd odsyłający wskazuje, że „dochody z dywidend uzyskiwane przez niemieckie fundusze emerytalne zazwyczaj nie przekładają się na powstanie zysku podlegającego opodatkowaniu, ze względu na jednoczesny wzrost rezerw na zobowiązania emerytalne” i że w związku z tym, iż fundusze te „opodatkowane są na podstawie ich zysku (czyli po odliczeniu kosztów działalności), to zazwyczaj płacą one jedynie stosunkowo niewielki podatek dochodowy od osób prawnych, z tego powodu, że zazwyczaj otrzymanym dywidendom towarzyszy równoległy wzrost rezerw”.

22 Zobacz wyroki: z dnia 22 listopada 2012 r., Komisja/Niemcy, C-600/10, niepublikowany, EU:C:2012:737, pkt 15, oraz z dnia 8 listopada 2012 r., Komisja/Finlandia, C-342/10, EU:C:2012:688, pkt 33.

23 Zobacz podobnie wyroki: z dnia 2 czerwca 2016 r., Pensioenfonds Metaal en Techniek, C-252/14, EU:C:2016:402, pkt 34; z dnia 17 września 2015 r., Miljoen i i in., C-10/14, C-14/14 i C-17/14, EU:C:2015:608, pkt 48, oraz z dnia 19 stycznia 2006 r., Bouanich, C-265/04, EU:C:2006:51, pkt 33.

24 Wyrok z dnia 19 listopada 2015 r., Hirvonen, C-632/13, EU:C:2015:765, pkt 44, 48.

podatkowemu<sup>25</sup>. Wreszcie w niedawnym wyroku Sofina Trybunał orzekł, że należało „uwzględnić rok podatkowy wypłaty dywidend w celu porównania obciążenia podatkowego spoczywającego na takich dywidendach i obciążenia podatkowego spoczywającego na dywidendach wypłaconych spółce będącej rezydentem”<sup>26</sup>.

53. W niniejszym przypadku stwierdzam, że postanowienie odsyłające nie zawiera żadnych danych liczbowych pozwalających ustalić rzeczywiste obciążenie podatkowe związane z dywidendami, jeżeli zostały one opodatkowane łącznie podatkiem od dochodów kapitałowych i podatkiem dochodowym od osób prawnych.

54. W tym kontekście usiłowałem ustalić ów ciężar na podstawie informacji zawartych w aktach sprawy. W oparciu o moje wyliczenie wydaje się, że rzeczywiste obciążenie podatkowe związane z dywidendami otrzymywanymi przez fundusz emerytalny będący rezydentem wynosi maksymalnie 11,25% dywidend brutto<sup>27</sup>. Tym samym, bez względu na wysokość rezerw, ta rzeczywista stawka będzie zawsze niższa od stawki w wysokości 15% stosowanej do dywidend otrzymanych przez fundusze emerytalne niebędące rezydentami. Oznacza to, że rzeczywiste obciążenie podatkowe dywidend wypłacanych funduszom emerytalnym będącym rezydentami i niebędącym rezydentami będzie zawsze nierówne<sup>28</sup>. W konsekwencji uważam, że w okolicznościach niniejszej sprawy w postępowaniu głównym wysokość rezerw nie jest istotna dla ustalenia ograniczenia swobody przepływu kapitału.

55. Innymi słowy, wydaje mi się, że możliwość obniżenia zysku podlegającego opodatkowaniu poprzez rezerwy pozwala co prawda na obniżenie kwoty należnej z tytułu podatku dochodowego od osób prawnych. Jednakże zmniejszenie to nie wydaje się być przyczyną ograniczenia w swobodnym przepływie kapitału, które istnieje niezależnie od wysokości rezerw utworzonych przez fundusze emerytalne będące rezydentami. Tymczasem zbadanie tego należy do sądu krajowego, który jako jedyny może określić rzeczywiste obciążenie podatkowe dywidend wypłacanych funduszowi emerytalnemu będącemu rezydentem i funduszowi emerytalnemu niebędącemu rezydentem.

56. Co więcej, zastanawiam się, czy takie podejście nie znajduje potwierdzenia w argumencie przedstawionym przez CPP, który podnosi, że zmniejszenie zysku podlegającego opodatkowaniu ma na celu uniknięcie podwójnego opodatkowania dywidend w wymiarze ekonomicznym. Zdaniem CPP ustawodawca przyjął bowiem § 8 ust. 8 KStG w celu zneutralizowania i w praktyce zwolnienia dywidend poprzez uwzględnienie rezerw technicznych na poziomie fiskalnym. Tymczasem należy podkreślić, że „neutralizacja” lub „zwolnienie” dywidend wypłacanych na rzecz funduszu emerytalnego dotyczy jedynie opodatkowania podatkiem dochodowym od osób prawnych. Mechanizm ten nie wydaje się zatem mieć wpływu na podatek zapłacony już z tytułu podatku od dochodów kapitałowych, który zostaje zaliczony w całości<sup>29</sup>.

25 Ponadto pojęcie bardziej dotkliwego obciążenia podatkowego było również używane w dziedzinie opodatkowania spadków. W wyroku z dnia 31 marca 2011 r., Schröder (C-450/09, EU:C:2011:198, pkt 40), dotyczącym opodatkowania spadków, Trybunał orzekł, że przyznanie odliczenia od podstawy opodatkowania nieruchomości, które zależałoby od miejsca zamieszkania spadkodawcy i beneficjenta w chwili śmierci, prowadziłoby do rzeczywistego obciążenia podatkowego bardziej uciążliwego niż to, które wiąże się przynajmniej z jednym rezydentem, i w związku z tym skutkowałoby zmniejszeniem wartości rzeczowego spadku.

26 Wyrok z dnia 22 listopada 2018 r., Sofina i in., C-575/17, EU:C:2018:943, pkt 31.

27 Przy założeniu, że X jest wartością wypłacanych dywidend brutto, wartość dywidend netto otrzymanych przez fundusz emerytalny wynosi  $X - (0,25X)$ . Stosowanie stawki 15% z tytułu podatku dochodowego od osób prawnych da wynik  $[X - (0,25X)] \times 0,15$ ; co sprowadza się do rzeczywistej stawki wynoszącej 11,25%.

28 Podczas rozprawy w odpowiedzi na pytanie Trybunału rząd niemiecki potwierdził, że w odniesieniu do ostatecznego obciążenia podatkowego istnieje różnica w traktowaniu pomiędzy funduszami emerytalnymi będącymi rezydentami a niebędącymi rezydentami.

29 Zgodnie z przepisami § 31 KStG w związku z § 36 ust. 2 pkt 2 EStG.

57. W tym względzie wydaje mi się, że niniejsza sprawa różni się od okoliczności, które doprowadziły do wydania wyroku Komisja/Finlandia<sup>30</sup>, przywołanego przez sąd odsyłający. W wyroku tym Trybunał orzekł, że przepis krajowy, zgodnie z którym dywidendy pobierane przez fundusze emerytalne będące rezydentami były w praktyce zwolnione lub niemalże zwolnione z podatku dochodowego w wyniku wyraźnych przepisów ustawodawstwa krajowego przewidującego możliwość odliczenia rezerw, podczas gdy dywidendy otrzymywane przez fundusze emerytalne niebędące rezydentami były objęte stawką podatkową w wysokości 19,5% zgodnie z ustawodawstwem krajowym lub stawką wynoszącą 15% lub mniej na podstawie umów o unikaniu podwójnego opodatkowania zawartych przez Republikę Finlandii, stanowi ograniczenie art. 63 TFUE<sup>31</sup>. Jednakże w sprawie w postępowaniu głównym zarówno dywidendy wypłacane na rzecz funduszy emerytalnych będących rezydentami, jak i dywidendy wypłacane na rzecz funduszy emerytalnych niebędących rezydentami podlegają poborowi u źródła z tytułu podatku od dochodów kapitałowych. Ustanowienie rezerw nie ma wpływu na samo istnienie ani na wysokość tego poboru u źródła. W istocie, jakkolwiek ma miejsce obniżenie zysku podlegającego opodatkowaniu i faktycznie niemal zwolnienie z podatku należnego od dywidend wypłacanych funduszowi emerytalnemu będącemu rezydentem, to jednak dotyczą one jedynie opodatkowania zysku funduszu emerytalnego z tytułu podatku dochodowego od osób prawnych, nie zaś z tytułu podatku od dochodów kapitałowych, ponieważ ten ostatni może zostać całkowicie odzyskany.

58. W związku z tym proponuję, aby Trybunał uznał, że w niniejszym przypadku to właśnie drugi mechanizm leżący u podstaw zarzucanego ograniczenia, mianowicie pełne zaliczenie podatku od dochodów kapitałowych na poczet podatku dochodowego od osób prawnych i ewentualny zwrot nadwyżki po rozliczeniu, stanowi ograniczenie w swobodnym przepływie kapitału.

59. Jak już wskazałem, uważam, że do sądu odsyłającego należy ustalenie, czy i w jakim zakresie rzeczywiste obciążenie podatkowe jest niższe niż obciążenie dywidend wypłacanych funduszom emerytalnym niebędącym rezydentami, wobec których stosuje się pobór u źródła w wysokości 15% na podstawie umowy dwustronnej o unikaniu podwójnego opodatkowania.

60. Jeżeli sąd odsyłający dojdzie do wniosku, że dywidendy otrzymane przez fundusz emerytalny będący rezydentem są niemalże całkowicie zwolnione z podatku od dochodów kapitałowych poprzez całkowite zaliczenie, wówczas większe rzeczywiste obciążenie podatkowe dywidend wypłacanych funduszowi emerytalnemu niebędącemu rezydentem wydaje się ustalone. Wynika z tego, że dywidendy te są traktowane w sposób bardziej korzystny niż dywidendy wypłacane funduszowi emerytalnemu niebędącemu rezydentem. Taka różnica w traktowaniu pod względem podatkowym funduszy emerytalnych w zależności od miejsca ich siedziby może zniechęcać fundusze emerytalne niebędące rezydentami do inwestowania w spółki z siedzibą w Niemczech. W takim bowiem przypadku fundusze emerytalne niebędące rezydentami nie mają możliwości odzyskania podatku pobranego u źródła i występuje zatem ograniczenie w swobodnym przepływie kapitału, zakazane co do zasady przez art. 63 ust. 1 TFUE.

## **2. W przedmiocie dopuszczalnego charakteru ograniczenia**

61. Zgodnie z art. 65 ust. 1 lit. a TFUE „[a]rtykuł 63 [TFUE] nie narusza prawa państw członkowskich do: [...] stosowania odpowiednich przepisów ich prawa podatkowego traktujących odmiennie podatników ze względu na różne miejsce zamieszkania lub inwestowania kapitału”.

<sup>30</sup> Wyrok z dnia 8 listopada 2012 r., C-342/10, EU:C:2012:688.

<sup>31</sup> Wydaje mi się bowiem, że w sprawie, która doprowadziła do wydania tego wyroku, dywidendy wypłacane przez spółki będące rezydentami na rzecz funduszy emerytalnych będących rezydentami były opodatkowane w części wynoszącej 75% i podlegały stawce podatkowej w wysokości 26%. W ten sposób dywidendy te zostały de facto opodatkowane w całości według stawki 19,5%. Trybunał uznał, że to samo uregulowanie stanowi ograniczenie w rozumieniu art. 63 TFUE.

62. To postanowienie, jako stanowiące odstępstwo od podstawowej zasady swobodnego przepływu kapitału, powinno być przedmiotem ścisłej wykładni. Dlatego też postanowienia tego nie można interpretować w ten sposób, że wszelkie przepisy podatkowe przewidujące odmienne traktowanie podatników ze względu na miejsce ich zamieszkania lub państwo członkowskie inwestowania ich kapitału są automatycznie zgodne z traktatem FUE. W rzeczywistości bowiem wyjątek przewidziany w art. 65 ust. 1 lit. a) TFUE sam jest ograniczony przez ust. 3 tego artykułu, który stanowi, że środki krajowe określone w ust. 1 „nie powinny stanowić arbitralnej dyskryminacji ani ukrytego ograniczenia w swobodnym przepływie kapitału i płatności w rozumieniu artykułu 63 [TFUE]”<sup>32</sup>.

63. Odmienne traktowanie, jakie dopuszcza art. 65 ust. 1 lit. a) TFUE, należy więc odróżniać od dyskryminacji zakazanej przez art. 65 ust. 3 TFUE<sup>33</sup>. Z orzecznictwa Trybunału wynika przy tym, że aby krajowe przepisy podatkowe takie jak będące przedmiotem postępowania głównego mogły zostać uznane za zgodne z postanowieniami traktatu dotyczącymi swobodnego przepływu kapitału, przewidziane przez nie odmienne traktowanie winno dotyczyć sytuacji, które nie są obiektywnie porównywalne, bądź winno być uzasadnione nadrzędnymi względami interesu ogólnego<sup>34</sup>.

#### *a) W przedmiocie porównywalności sytuacji rozpatrywanych w postępowaniu głównym*

64. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem porównywalność sytuacji transgranicznej i sytuacji wewnętrznej, lub brak tej porównywalności, należy badać z uwzględnieniem celu realizowanego przez rozpatrywane przepisy krajowe, a także przedmiotu i treści tych przepisów<sup>35</sup>. Ponadto przy ocenie, czy wynikająca z rozpatrywanych przepisów prawnych różnica w traktowaniu odzwierciedla obiektywnie istniejącą różnicę sytuacji, można brać pod uwagę tylko ustanowione w tych przepisach właściwe kryteria rozróżniające<sup>36</sup>.

65. Pragnę zauważyć, że wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym nie zawiera wyjaśnień co do celu przepisów rozpatrywanych w postępowaniu głównym. W tych okolicznościach proponuję zbadać argumenty wysunięte przez strony niniejszego postępowania prejudycjalnego. Biorąc pod uwagę te argumenty, ta analiza porównywalności sytuacji pomiędzy funduszami emerytalnymi będącymi rezydentami i funduszami emerytalnymi niebędącymi rezydentami będzie dotyczyć trzech kwestii, a mianowicie celu ustawodawstwa niemieckiego w odniesieniu do zobowiązań względem ubezpieczonych (1), zarzucanego stosowania różnych technik opodatkowania do dwóch kategorii funduszy emerytalnych (2) i uwzględnienia kosztów bezpośrednio związanych z otrzymaniem dywidend (3).

#### *1) Obowiązki względem ubezpieczonych*

66. CPP podkreśla, że wszystkie fundusze emerytalne, będące rezydentami i niebędące rezydentami, są zobowiązane do inwestowania składek ubezpieczeniowych na rynku kapitałowym w celu generowania dywidend, które służą wypełnieniu ich zobowiązań wobec ubezpieczonych. Z tego powodu Republika Federalna Niemiec zwalnia je z podatku, o ile wypłacane dywidendy służą do wypełnienia zobowiązań

32 Zobacz podobnie wyroki: z dnia 17 października 2013 r., Welte, C-181/12, EU:C:2013:662, pkt 42–43 i przytoczone tam orzecznictwo; z dnia 17 września 2015 r., Miljoen i in., C-10/14, C-14/14 i C-17/14, EU:C:2015:608, pkt 63, oraz z dnia 22 listopada 2018 r., Sofina i in., C-575/17, EU:C:2018:943, pkt 45.

33 Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 22 listopada 2018 r., Sofina i in., C-575/17, EU:C:2018:943, pkt 46; z dnia 20 września 2018 r., EV, C-685/16, EU:C:2018:743, pkt 87; z dnia 21 czerwca 2018 r., Fidelity Funds i in., C-480/16, EU:C:2018:480, pkt 48, i wyrok z dnia 17 września 2015 r., Miljoen i in., C-10/14, C-14/14 i C-17/14, EU:C:2015:608, pkt 64.

34 Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 10 maja 2012 r., Santander Asset Management SGIIC i in., C-338/11 do C-347/11, EU:C:2012:286, pkt 23 i przytoczone tam orzecznictwo, oraz z dnia 17 września 2015 r., Miljoen i in., C-10/14, C-14/14 i C-17/14, EU:C:2015:608, pkt 64.

35 Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 20 września 2018 r., EV, C-685/16, EU:C:2018:743, pkt 88; z dnia 21 czerwca 2018 r., Fidelity Funds i in., C-480/16, EU:C:2018:480, pkt 50, oraz z dnia 2 czerwca 2016 r., Pensioenfonds Metaal en Techniek, C-252/14, EU:C:2016:402, pkt 48 i przytoczone tam orzecznictwo.

36 Wyroki: z dnia 10 maja 2012 r., Santander Asset Management SGIIC i in., C-338/11 do C-347/11, EU:C:2012:286, pkt 28, oraz z dnia 2 czerwca 2016 r., Pensioenfonds Metaal en Techniek, C-252/14, EU:C:2016:402, pkt 49.

wobec ubezpieczonych. Podczas gdy przepisy krajowe mające zastosowanie do funduszy emerytalnych będących rezydentami uwzględniają okoliczność, iż otrzymane dywidendy przypadają ostatecznie ubezpieczonym oraz z tego powodu zwalniają one z podatku dywidendy na poziomie funduszy emerytalnych, to jednak przepisy te pomijają okoliczność, że fundusze emerytalne w państwach trzecich podlegają co do zasady temu samemu obowiązkowi.

67. Komisja uważa, że zwolnienie niemieckich funduszy emerytalnych z podatku od dochodów kapitałowych od dywidend, które zostały im wypłacone, ma na celu umożliwienie im ustanowienia kapitału wystarczającego do pokrycia przyszłych świadczeń emerytalnych. Wypłacane dywidendy są zatem zwolnione z podatku od dochodów kapitałowych, pod warunkiem że są one wykorzystywane w celach rezerw technicznych. Natomiast co się tyczy funduszu emerytalnego niebędącego rezydentem, nawet jeśli zdoła on wykazać, że przeznacza otrzymane dywidendy na tworzenie rezerw, będzie musiał ostatecznie uiścić w Niemczech podatek od dochodów kapitałowych w wysokości przewidzianej w danej umowie dwustronnej o unikaniu podwójnego opodatkowania.

68. W tym względzie, z zastrzeżeniem ustaleń, jakich powinien dokonać sąd odsyłający, wydaje mi się, że z akt przedłożonych Trybunałowi wynika, iż niemieckie ustawodawstwo będące przedmiotem postępowania głównego, które skutkuje niemalże zwolnieniem z podatku dywidend wypłacanych funduszom emerytalnym będącym rezydentami, realizuje cel polegający na zagwarantowaniu działalności ubezpieczeniowej funduszy emerytalnych poprzez ustanowienie kapitału zakładowego wystarczającego do pokrycia zobowiązań w zakresie świadczeń emerytalnych w przyszłości. Natomiast co się tyczy dywidend wypłacanych funduszom emerytalnym niebędącym rezydentami, nawet jeśli są one przeznaczone na realizację tego samego celu, pobrany podatek od dochodów kapitałowych staje się ostatecznym podatkiem, a takie niemalże całkowite zwolnienie nie ma miejsca<sup>37</sup>. Patrząc z tego punktu widzenia, stoję na stanowisku, że fundusze emerytalne będące rezydentami i fundusze emerytalne niebędące rezydentami mają wspólne cele i należy je zatem uznać za znajdujące się w podobnej sytuacji.

69. Ponadto w sytuacji, w której sąd odsyłający uzna, że rozpatrywane w postępowaniu głównym przepisy krajowe mają na celu zapewnienie równości rzeczywistego obciążenia podatkowego funduszy emerytalnych będących rezydentami i funduszy emerytalnych niebędących rezydentami inwestujących w spółki mające siedzibę w Niemczech, biorąc pod uwagę w szczególności okoliczność, że do dywidend wypłacanych na rzecz funduszy emerytalnych będących rezydentami mają zastosowanie dwa kumulatywne podatki (podatek od dochodów kapitałowych i podatek dochodowy od osób prawnych), podczas gdy dywidendy otrzymane przez fundusz emerytalny niebędący rezydentem podlegają opodatkowaniu tylko z tytułu podatku od dochodów kapitałowych, to zgodnie z utrwalonym orzecznictwem od chwili, gdy państwo członkowskie obciąża, jednostronnie bądź w drodze umowy, podatkiem dochodowym nie tylko spółki będące rezydentami, ale także spółki niebędące rezydentami, w odniesieniu do dywidend, które otrzymują one od spółki będącej rezydentem, sytuacja wskazanych spółek niebędących rezydentami upodabnia się do sytuacji spółek będących rezydentami<sup>38</sup>.

70. Samo bowiem wykonywanie kompetencji podatkowych przez to właśnie państwo, niezależnie od opodatkowania w innym państwie członkowskim, może wywołać ryzyko opodatkowania kaskadowego lub podwójnego opodatkowania w wymiarze ekonomicznym. W takim przypadku, aby spółki otrzymujące dywidendy niebędące rezydentami nie spotykały się z ograniczaniem swobodnego przepływu kapitału, co do zasady zakazanym przez art. 63 TFUE, państwo siedziby spółki dokonującej

<sup>37</sup> Zobacz analogicznie wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r., Pensioenfonds Metaal en Techniek, C-252/14, EU:C:2016:402, pkt 50.

<sup>38</sup> Zobacz podobnie wyroki: z dnia 21 czerwca 2018 r., Fidelity Funds i in., C-480/16, EU:C:2018:480, pkt 54; z dnia 25 października 2012 r., Komisja/Belgia, C-387/11, EU:C:2012:670, pkt 49 i przytoczone tam orzecznictwo, oraz z dnia 14 grudnia 2006 r., Denkvit Internationaal i Denkvit France, C-170/05, EU:C:2006:783, pkt 35.

wypłaty musi zapewnić, by w ramach przewidzianych w prawie krajowym rozwiązań mających na celu zapobieganie opodatkowaniu kaskadowemu lub podwójnemu opodatkowaniu w wymiarze ekonomicznym albo zmniejszanie tego rodzaju opodatkowania spółki niebędące rezydentami podlegały takiemu samemu traktowaniu jak spółki będące rezydentami<sup>39</sup>.

71. W niniejszej sprawie, ponieważ Republika Federalna Niemiec postanowiła wykonywać swoje kompetencje podatkowe w odniesieniu do zysków osiąganych przez fundusze emerytalne niebędące rezydentami, znajdują się one w sytuacji porównywalnej do sytuacji funduszy emerytalnych mających siedzibę w Niemczech, jeśli chodzi o ryzyko podwójnego opodatkowania w wymiarze ekonomicznym dywidend wypłacanych przez spółki mające siedzibę w Niemczech<sup>40</sup>.

## 2) Zarzucane stosowanie różnych technik opodatkowania

72. Rząd niemiecki podnosi, że fundusze emerytalne będące rezydentami i fundusze emerytalne niebędące rezydentami nie znajdują się w obiektywnie porównywalnych sytuacjach ze względu na to, że do tych dwóch kategorii funduszy emerytalnych będą stosowane różne techniki opodatkowania w rozumieniu wyroku *Truck Center*.<sup>41</sup>

73. W tym względzie pragnę zauważyć, że z pkt 41 i 46 tego wyroku wynika, iż odmienne traktowanie polegające na stosowaniu różnych technik lub sposobów poboru podatku w zależności od miejsca siedziby spółki, która uzyskuje omawiane dochody, dotyczy sytuacji, które nie są obiektywnie porównywalne.

74. W niniejszej sprawie proponuję, aby Trybunał powstrzymał się od stosowania orzecznictwa wynikającego z wyroku *Truck Center* z następujących powodów. Po pierwsze, ów wyrok jest często powoływany przez rządy państw członkowskich, gdy bronią one ustawodawstw krajowych, które skutkują potraktowaniem sytuacji podatników będących rezydentami w odmienny sposób niż podatników niebędących rezydentami<sup>42</sup>. Tymczasem, o ile mi wiadomo, wyrok ten znalazł potwierdzenie tylko jeden raz<sup>43</sup>. Niedawno Trybunał ograniczył ponownie zakres tego orzecznictwa, uściślając, że orzecznictwo to dotyczy wyłącznie sposobów poboru podatku, które różniły się w zależności od miejsca siedziby beneficjenta dywidend o pochodzeniu krajowym<sup>44</sup>.

75. Po drugie, pragnę zauważyć, że orzecznictwo to jest silnie krytykowane przez doktrynę<sup>45</sup> i wywołuje siłą rzecz trudności w stosowaniu<sup>46</sup>.

39 Zobacz analogicznie wyrok z dnia 21 czerwca 2018 r., *Fidelity Funds i in.*, C-480/16, EU:C:2018:480, pkt 55 i przytoczone tam orzecznictwo.

40 Zobacz analogicznie wyroki: z dnia 20 października 2011 r., *Komisja/Niemcy*, C-284/09, EU:C:2011:670, pkt 58, oraz z dnia 10 maja 2012 r., *Santander Asset Management SGIIC i in.*, C-338/11 do C-347/11, EU:C:2012:286, pkt 42.

41 Wyrok z dnia 22 grudnia 2008 r., *Truck Center*, C-282/07, EU:C:2008:762.

42 Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 26 lutego 2019 r., *N Luxembourg 1 i in.*, C-115/16, C-118/16, C-119/16 i C-299/16, EU:C:2019:134, pkt 163; z dnia 22 listopada 2018 r., *Sofina i in.*, C-575/17, EU:C:2018:943, pkt 48; z dnia 17 września 2015 r., *Miljoen i in.*, C-10/14, C-14/14 i C-17/14, EU:C:2015:608; z dnia 19 czerwca 2014 r., *Strojirny Prostějov i ACO Industries Tábo*, C-53/13 i C-80/13, EU:C:2014:2011; z dnia 12 lipca 2012 r., *Komisja/Hiszpania*, C-269/09, EU:C:2012:439; z dnia 10 maja 2012 r., *Santander Asset Management SGIIC i in.*, C-338/11 do C-347/11, EU:C:2012:286; z dnia 1 lipca 2010 r., *Dijkman i Dijkman-Lavaleije*, C-233/09, EU:C:2010:397, oraz z dnia 3 czerwca 2010 r., *Komisja/Hiszpania*, C-487/08, EU:C:2010:310.

43 Wyrok z dnia 18 października 2012 r., X, C-498/10, EU:C:2012:635, pkt 26.

44 Wyrok z dnia 22 listopada 2018 r., *Sofina i in.*, C-575/17, EU:C:2018:943, pkt 52.

45 Zobacz G. Beretta, „The Brisal and KBC Finance Decision: Once Again the CJEU Assesses the Compatibility with EU Law of Gross Withholding Taxation of Non-residents”, *EC Tax Review*, 2007, strony 193–200; M. Lang, „Recent Case Law of the ECJ in Direct Taxation: Trends, Tensions, and Contradictions”, *EC Tax Review*, 2009, strony 100–101; *CFE ECJ Task Force*, „Comment by the CFE Task Force on ECJ Cases on the Judgment in *Belgium SPF Finance v. Truck Center SA*”, nr 158, i L. De Broe, N. Bammens, „*Truck Center* Belgian Withholding Tax on Interest Payments to Non-resident Companies Does Not Violate EC Law: A Critical Look at the ECJ’s Judgment in *Truck Center*”, *EC Tax Review*, 2009, strony 131–137.

46 Sprawa, w której zapadł wyrok z dnia 13 lipca 2016 r., *Brisal i KBC Finance Ireland* (C-18/15, EU:C:2016:549), stanowi tego dobrą ilustrację. W tej sprawie sąd administracyjny i podatkowy w Sintrze (Portugalia) zastosował wyrok z dnia 22 grudnia 2008 r., *Truck Center* (C-282/07, EU:C:2008:762), podczas gdy w swoim wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym Supremo Tribunal Administrativo (najwyższy sąd administracyjny, Portugalia) uznał, że nie należy powoływać się na ten wyrok.

76. W tym względzie wydaje mi się, że kryterium dotyczące stosowania różnych technik opodatkowania w celu ustalenia porównywalności sytuacji podatnika będącego rezydentem i podatnika niebędącego rezydentem opiera się na tautologii. Ogólnie rzecz biorąc, rezydenci i nierezydenci podlegają bowiem różnym technikom opodatkowania. Wyrok ten potwierdza jedynie, że sytuacje są różne, ponieważ podatnicy będący rezydentami i nierezydenci różnią się od siebie<sup>47</sup>. Tak więc, w sprawie w postępowaniu głównym fundusze emerytalne będące rezydentami „podlegają nieograniczonemu obowiązkowi podatkowemu”<sup>48</sup>, podczas gdy dochody zagranicznych funduszy emerytalnych podlegają wyłącznie „ograniczonemu” obowiązkowi podatkowemu dotyczącemu tylko dochodów mających swoje źródło w Niemczech<sup>49</sup>. Moim zdaniem różne techniki opodatkowania odzwierciedlają jedynie tę różnicę. Nie oznacza to jednak, że omawiane ustawodawstwo krajowe wyłączone jest automatycznie z zakresu stosowania swobody przepływu kapitału.

77. W konsekwencji proponuję, aby Trybunał powstrzymał się od stosowania orzecznictwa Truck Center<sup>50</sup> w niniejszej sprawie. Trybunał mógłby bowiem uznać, że rozpatrywane przepisy krajowe nie ograniczają się do sposobów poboru podatku, lecz przynoszą znaczną korzyść podatkową funduszom emerytalnym będącym rezydentami, która nie jest przyznawana funduszom emerytalnym niebędącym rezydentami<sup>51</sup>. Rozwiązanie to wydaje się również wynikać z niedawnego wyroku w sprawie N Luxembourg 1 i in., w którym Trybunał uznał, że fakt korzystania ze znacznie bardziej odległego terminu niż ten wynikający z poboru u źródła dokonanego w wypadku zapłaty odsetek przez spółkę będącą rezydentem spółce niebędącej rezydentem stanowi korzyść, co oznacza, że wyrok w sprawie Truck Center nie znajdował zastosowania<sup>52</sup>.

### 3) Uwzględnienie kosztów bezpośrednio związanych z otrzymaniem dywidend

78. Zarówno urząd skarbowy w Monachium, jak i rząd niemiecki podnoszą w uwagach na piśmie, że nie istnieje bezpośredni związek pomiędzy, z jednej strony, uzyskaniem dochodów z dywidend, a z drugiej strony, ustanowieniem rezerw matematycznych i innych rezerw technicznych, a więc rozpatrywane sytuacje nie są porównywalne.

79. W tym względzie, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, podatnicy będący rezydentami i podatnicy niebędący rezydentami znajdują się w porównywalnej sytuacji w odniesieniu do bezpośrednich kosztów działalności stanowiącej źródło dochodu podlegającego opodatkowaniu<sup>53</sup>. Podobnie Trybunał orzekł, że w przypadku, gdyby metoda opodatkowania stosowana wobec rezydentów pozwalała na odliczenie kosztów bezpośrednio związanych z uzyskaniem dywidend, „należałoby dopuścić uwzględnienie takich kosztów także w stosunku do [podatników] niebędących rezydentami”<sup>54</sup>.

47 CFE ECJ Task Force, „Comment by the CFE Task Force on ECJ Cases on the Judgment in Belgium SPF Finance v. Truck Center SA”, nr 158, pkt 18.

48 Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1 KStG.

49 Zgodnie z przepisami § 8 ust. 1 KStG w związku z § 49 ust. 1 pkt 5a EStG i § 20 ust. 1 pkt 1 EStG.

50 Wyrok z dnia 22 grudnia 2008 r., Truck Center, C-282/07, EU:C:2008:762.

51 Zobacz analogicznie wyrok z dnia 17 września 2015 r., Miljoen i in., C-10/14, C-14/14 i C-17/14, EU:C:2015:608, pkt 53.

52 Zobacz w tym względzie wyrok z dnia 26 lutego 2019 r., N Luxembourg 1 i in., C-115/16, C-118/16, C-119/16 i C-299/16, EU:C:2019:134, pkt 164, 165.

53 Wyroki: z dnia 12 czerwca 2003 r., Gerritse, C-234/01, EU:C:2003:340; z dnia 3 października 2006 r., FKP Scorpio Konzertproduktionen, C-290/04, EU:C:2006:630, oraz z dnia 15 lutego 2007 r., Centro Equestre da Lezíria Grande, C-345/04, EU:C:2007:96.

54 Wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r., Pensioenfonds Metaal en Techniek, C-252/14, EU:C:2016:402, pkt 65.



80. Uważam, że orzecznictwo to nie ma znaczenia dla niniejszej sprawy z dwóch powodów. Po pierwsze, wspomniane orzecznictwo odnosi się do kosztów, które są bezpośrednio związane z uzyskaniem przychodu<sup>55</sup>. W niniejszym przypadku wydaje się oczywiste, że rezerwy utworzone przez fundusz emerytalny nie mogą zostać zakwalifikowane jako „koszty związane z uzyskaniem przychodu”. Po drugie, orzecznictwo dotyczące uwzględnienia kosztów bezpośrednio związanych z pobieraniem dywidend ma zastosowanie wyłącznie do przypadków, w których przyznanie korzyści podatkowej, a mianowicie zwolnienia lub odliczenia podatku pobranego u źródła, jest związane z ustaleniem podstawy opodatkowania, w szczególności w postaci wydatków w bilansie podatkowym, co nie ma miejsca w niniejszej sprawie. Wydaje mi się bowiem, że w niniejszej sprawie ograniczenie swobodnego przepływu kapitału nie wynika z odliczenia rezerw w ramach ustalania takiej podstawy, lecz z całkowitego zaliczenia następującego po tym ustaleniu. Proponuję zatem Trybunałowi, aby orzekł, że orzecznictwo to jest pozbawione znaczenia w ramach systemu podatkowego przewidującego rozpatrywane całkowite zaliczenie.

81. Jeżeli jednak Trybunał postanowi zbadać istnienie związku pomiędzy ustanowieniem rezerw i otrzymywaniem dochodów pochodzących z dywidend, jestem zdania, że taki związek można wykazać wyłącznie w odniesieniu do tej części rezerw, która jest bezpośrednią konsekwencją pobrania dywidend. Zgodnie bowiem z orzecznictwem Trybunału pozostają w bezpośrednim związku z działalnością, z tytułu której osiągnięte zostały dochody podlegające opodatkowaniu, koszty spowodowane przez tę działalność, a tym samym konieczne dla jej wykonywania<sup>56</sup>. W niniejszym przypadku działalność, z tytułu której osiągany jest dochód, polega na pobieraniu dywidend, a wydatki spowodowane przez tę działalność, to wydatki związane z otrzymaniem tych dywidend. Rezerwy stanowią wydatki związane z działalnością ubezpieczeniową.

82. W tym względzie, jak w istocie podniósł rząd niemiecki, utworzenie rezerw powinno mieć miejsce niezależnie od tego, czy przychody pochodzą z dywidend, czy ze składek wpłacanych przez ubezpieczonych. Samo bowiem istnienie rezerw jest związane z działalnością ubezpieczeniową i rezerwy powinny umożliwić wywiązanie się z obowiązków wynikających z przyszłych świadczeń funduszu emerytalnego. Rezerwy wynikają z przyjętych zobowiązań w zakresie świadczeń emerytalnych, a nie z wysokości uzyskiwanych dochodów. Przeciwnie, jeżeli fundusz emerytalny nie osiąga zysków z inwestycji, nie zmienia to faktu, że jest on zobowiązany na podstawie prawa krajowego do tworzenia rezerw na pokrycie jego zobowiązań. Analogicznie, jeśli chodzi o system rezerw instytucji pracowniczych programów emerytalnych i ubezpieczeń na życie, prawodawca Unii uznaje znaczenie rezerw, jednak pozostawia państwom członkowskim szeroki zakres uznania w odniesieniu do metod ich tworzenia<sup>57</sup>. W konsekwencji uważam, że co do zasady rezerwy funduszy emerytalnych nie mają bezpośredniego związku z otrzymywanymi dywidendami.

55 W pkt 20 wyroku z dnia 22 listopada 2012 r., Komisja/Niemcy (C-600/10, niepublikowanego, EU:C:2012:737), dotyczącego ustawodawstwa niemieckiego odnoszącego się do odliczenia kosztów operacyjnych związanych z pobieraniem dywidend i odsetek uzyskanych w Niemczech, Trybunał stwierdził wyraźnie, że „Komisja nie przedstawiła dowodów mogących wykazać, że [koszty bankowe i podobne koszty transakcji], które mogą w danym przypadku być bezpośrednio związane z kwotą wypłaconą w związku z transakcją dotyczącą papierów wartościowych, są również i siłą rzeczy bezpośrednio związane z samym uzyskaniem dochodu w formie dywidend lub odsetek”.

56 Zobacz w szczególności wyrok z dnia 6 grudnia 2018 r., Montag, C-480/17, EU:C:2018:987, pkt 33 i przytoczone tam orzecznictwo.

57 Tak więc, po pierwsze, dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2003/41/WE z dnia 3 czerwca 2003 r. w sprawie działalności instytucji pracowniczych programów emerytalnych oraz nadzoru nad działalnością instytucji pracowniczych programów emerytalnych (Dz.U. 2003, L 235, s. 10, wyd. spec. w jęz. polskim: rozdział 5, tom 4, s. 350) w motywie 26 stanowi, że „rozsądne wyliczenie rezerw technicznych jest istotnym warunkiem w celu zapewnienia, iż zobowiązania z tytułu świadczeń emerytalnych mogą być zrealizowane” i że „[m]aksymalne oprocentowanie powinno być wybrane rozsądnie zgodnie z wszelkimi odpowiednimi przepisami krajowymi”. Zgodnie z motywem 27 tej dyrektywy państwa członkowskie powinny mieć możliwość poddania wyliczenia rezerw technicznych dodatkowym i bardziej szczegółowym zasadom niż ustanowione w omawianej dyrektywie. Po drugie, w dziedzinie ubezpieczenia na życie, zgodnie z motywami 35 i 36 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2002/83/WE z dnia 5 listopada 2002 r. dotyczącej ubezpieczeń na życie (Dz.U. 2002, L 345, s. 1, wyd. spec. w jęz. polskim: rozdział 6, tom 6, s. 3) „z punktu widzenia ochrony ubezpieczonych na życie niezbędne jest utworzenie odpowiednich rezerw techniczno-ubezpieczeniowych w każdym zakładzie ubezpieczeń”, zaś w zakresie ograniczenia oprocentowania wykorzystywanego podczas obliczania rezerw techniczno-ubezpieczeniowych „właściwe wydaje się pozostawienie państwom członkowskim swobodnego wyboru metody, jaka zostanie wykorzystana”. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/138/WE z dnia 25 listopada 2009 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (Wyplacalność II) (Dz.U. 2009, L 335, s. 1), która zastąpiła dyrektywę 2002/83/WE, przewiduje podobne zasady.

83. Szczególnie przemawia do mnie zresztą argument podniesiony przez urząd skarbowy w Monachium, oparty na orzecznictwie krajowym dotyczącym towarzystwa ubezpieczeń zdrowotnych. Zgodnie z tym orzecznictwem, jeśli chodzi o wydatki wynikające z dotacji na rezerwy matematyczne i inne rezerwy, brak jest związku przyczynowego pomiędzy tymi wydatkami a dochodami uzyskiwanymi z inwestycji, które pochodzą w pierwszej kolejności z działalności ubezpieczeniowej na terytorium krajowym. Obowiązek tworzenia rezerw matematycznych, jak również innych rezerw technicznych, wynika z faktu bycia towarzystwem ubezpieczeniowym. Mimo że wyrok ten dotyczy towarzystw ubezpieczeń zdrowotnych, nie widzę żadnego powodu, dla którego sytuacja funduszy emerytalnych miałaby być inna. W związku z tym skłaniam się do uznania, że podejście to mogłoby zostać zastosowane w niniejszej sprawie w drodze analogii<sup>58</sup>.

84. W konsekwencji wydaje mi się, że trudno jest twierdzić, iż uwzględnienie rezerw funduszy emerytalnych może jako takie stanowić ograniczenie swobodnego przepływu kapitału.

85. CPP podnosi, że ponieważ dywidendy są przeznaczane na rezerwy, prowadzą one do zwiększenia tych rezerw, które z kolei zmniejszają dochód podlegający opodatkowaniu. W tym względzie, jak wskazano w pkt 18 i 19 niniejszej opinii, z wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wynika, że inwestycje rachunkowe i pozarachunkowe, z wyjątkiem pozostałej części 10%, zwiększają rezerwy. Wydaje mi się zatem, że możliwe jest, iż ich część wynika z samej wypłaty dywidend. Niemniej jednak moim zdaniem Trybunał nie jest w stanie ustalić wysokości tej części w systemie krajowym. Ustalenie to należy zatem do sądu odsyłającego, który powinien w szczególności określić, jaka część tych rezerw jest „bezpośrednio związana” z uzyskaniem dywidend. W każdym razie przy dokonywaniu tego ustalenia należy pominąć rezerwy, które nie mają żadnego związku z otrzymaniem dywidend.

86. Podsumowując, rozpatrywane w sprawie w postępowaniu głównym przepisy krajowe nie mogą moim zdaniem zostać utrzymane na tej podstawie, że znajdują zastosowanie do obiektywnie różnych sytuacji. Należy zatem zbadać, czy uregulowanie to może być uzasadnione nadrzędnymi względami interesu ogólnego.

#### ***b) W przedmiocie istnienia nadrzędnego względu interesu ogólnego***

87. Zdaniem sądu odsyłającego odmienne traktowanie wynikające z przepisów niemieckich nie jest uzasadnione ani zasadą terytorialności, ani koniecznością zapewnienia spójności systemu podatkowego, ani troską o zapewnienie zrównoważonego rozdziału kompetencji podatkowych pomiędzy państwami członkowskimi, ani też skutecznością kontroli podatkowych.

88. Oczywiście prawdą jest, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem te uzasadnienia mogą zostać przyjęte jako zgodne z prawem cele uznane przez Trybunał<sup>59</sup>. Jednakże w niniejszym przypadku stoję na stanowisku, że odmienne traktowanie funduszy emerytalnych będących rezydentami i funduszy emerytalnych niebędących rezydentami nie może być uzasadnione żadnym ze wspomnianych celów. Ponieważ zainteresowane strony nie przedyskutowały tej kwestii, nie należy czynić jej przedmiotem dalszej analizy w ramach niniejszej opinii.

89. W świetle powyższego uważam, że ograniczenie swobodnego przepływu kapitału wynikające z przepisów niemieckich, które wyłączają odliczenie kosztów bezpośrednio związanych z uzyskaniem dywidend jedynie w odniesieniu do nierezydentów, nie może być uzasadnione ani brakiem porównywalności rozpatrywanych sytuacji, ani nadrzędnymi względami interesu ogólnego.

<sup>58</sup> Wyrok z dnia 6 kwietnia 2016 r. (nr I R 61/14) Bundesfinanzhof (federalnego trybunału finansowego, Niemcy).

<sup>59</sup> Zobacz w szczególności wyrok z dnia 12 lipca 2012 r., Komisja/Hiszpania, C-269/09, EU:C:2012:439, pkt 63–90 i przytoczone tam orzecznictwo.

## B. W przedmiocie drugiego pytania prejudycjalnego

90. W drugim pytaniu prejudycjalnym sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy ograniczenie wynikające z ostatecznego zastosowania poboru podatku u źródła od dywidend otrzymywanych przez fundusze emerytalne niebędące rezydentami, podczas gdy niemieckie fundusze emerytalne są z niego w praktyce niemalże zwolnione, mogłoby zostać dopuszczone na podstawie art. 64 ust. 1 TFUE.

91. Zgodnie z art. 64 ust. 1 TFUE państwo członkowskie może w stosunkach z państwami trzecimi stosować ograniczenia przepływu kapitału objęte przedmiotowym zakresem stosowania tego postanowienia, nawet jeśli są one sprzeczne z zasadą swobodnego przepływu kapitału ustanowioną w art. 63 ust. 1 TFUE, pod warunkiem, że ograniczenia istniały już w dniu 31 grudnia 1993 r.<sup>60</sup>..

92. Tak więc, art. 64 ust. 1 TFUE stanowi, że „[a]rtykuł 63 [TFUE] nie narusza ograniczeń istniejących 31 grudnia 1993 roku w stosunku do państw trzecich na mocy prawa krajowego lub prawa Unii w odniesieniu do przepływu kapitału do lub z państw trzecich, gdy dotyczą inwestycji bezpośrednich, w tym inwestycji w nieruchomości, związanych z przedsiębiorczością, świadczeniem usług finansowych lub dopuszczaniem papierów wartościowych na rynki kapitałowe”. Należy zbadać, czy rozpatrywane ustawodawstwo niemieckie spełnia dwa kumulatywne kryteria tego postanowienia, a mianowicie kryterium czasowe i kryterium przedmiotowe.

93. W pierwszej kolejności, co się tyczy czasowego zakresu stosowania art. 64 ust. 1 TFUE, z wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wynika, że niemiecki przepis dotyczący skutku zwalniającego poboru podatku u źródła w odniesieniu do zagranicznych funduszy emerytalnych oraz umożliwiający pełne zaliczenie podatku od dochodów kapitałowych na poczet podatku dochodowego od osób prawnych, a mianowicie § 32 ust. 1 pkt 2 KStG, jest identyczny, zarówno z punktu widzenia jego brzmienia, jak i jego skutków, z brzmieniem obowiązującym w dniu 31 grudnia 1993 r.

94. W tym względzie jestem zdania, że w celu ustalenia, czy rozpatrywane ograniczenie istnieje od tego momentu, w omawianym dniu powinna istnieć sama istota mechanizmu podatkowego leżącego u podstaw ograniczenia. Z tego punktu widzenia, w sprawie w postępowaniu głównym kryterium czasowe wydaje się spełnione.

95. Po pierwsze bowiem, sąd odsyłający podkreśla, że „procedura zaliczenia na poczet podatku dochodowego od osób prawnych miała zastosowanie w dniu 31 grudnia 1993 r. do podatników podlegających nieograniczonemu obowiązkowi podatkowemu”. Po drugie, fakt, że stawka opodatkowania zmieniała się od tej daty, nie oznacza, jak mi się wydaje, że sama istota mechanizmu podatkowego uległa zmianie. Po trzecie, moim zdaniem okoliczność, że ustawodawca niemiecki uznał istnienie niemieckich funduszy emerytalnych dopiero w 2002 r., przewidując dla nich szczególne przepisy, nie ma większego znaczenia. Okoliczność zmiany zakresu podmiotowego wspomnianego mechanizmu podatkowego, a mianowicie zwiększenie lub zmniejszenie liczby podatników podlegających omawianemu mechanizmowi, nie ma bowiem znaczenia dla ustalenia, czy sama istota mechanizmu podatkowego uległa zmianie. W konsekwencji jestem zdania, że w sprawie w postępowaniu głównym sama istota rozpatrywanego mechanizmu podatkowego leżącego u podstaw ograniczenia – jak wynika z wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym – nie zmieniła się od dnia 31 grudnia 1993 r.

<sup>60</sup> Zobacz podobnie wyroki: z dnia 12 grudnia 2006 r., *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-446/04, EU:C:2006:774, pkt 187; z dnia 24 maja 2007 r., *Holböck*, C-157/05, EU:C:2007:297, pkt 39; z dnia 24 listopada 2016 r., *SECIL*, C-464/14, EU:C:2016:896, pkt 86; z dnia 26 lutego 2019 r., *X (Spółki pośrednie mające siedzibę w państwach trzecich)*, C-135/17, EU:C:2019:136, pkt 27.

96. W drugiej kolejności, jeśli chodzi o przedmiotowy zakres stosowania art. 64 ust. 1 TFUE, w wyroku X (Spółki pośrednie mające siedzibę w państwach trzecich)<sup>61</sup>, Trybunał przypomniał ostatnio, że z samego jego brzmienia wynika, iż choć ograniczenia w przepływie kapitału do lub z państw trzecich wiążące się z inwestycjami bezpośrednimi należą do przedmiotowego zakresu stosowania tej klauzuli, inwestycje portfelowe nie znajdują się wśród przepływów kapitału, o których mowa w tej klauzuli. Ponieważ sprawa w postępowaniu głównym dotyczy inwestycji portfelowych<sup>62</sup>, nie mogą one wchodzić w zakres pojęcia „inwestycji bezpośredniej” w rozumieniu tego postanowienia.

97. W dalszym ciągu nasuwa się jeszcze pytanie, czy sytuacja będąca przedmiotem postępowania głównego może dotyczyć „przepływów kapitału, [...] związanych ze świadczeniem usług finansowych” w rozumieniu art. 64 ust. 1 TFUE.

98. W tym względzie należy wskazać, że decydujące kryterium stosowania art. 64 ust. 1 TFUE dotyczy związku przyczynowo-skutkowego między przepływami kapitału i świadczeniem usług finansowych, a nie podmiotowego zakresu stosowania spornych przepisów krajowych lub ich związku raczej z usługodawcą niż z odbiorcą takich usług<sup>63</sup>. Zakres stosowania tego postanowienia zdefiniowany jest bowiem poprzez odniesienie do kategorii przepływów kapitału, które mogą być przedmiotem ograniczeń<sup>64</sup>.

99. Ponadto jestem zdania, że wyrażenie „przepływy kapitału, [...] związane ze świadczeniem usług finansowych” w rozumieniu art. 64 ust. 1 TFUE, należy interpretować ściśle, w tym znaczeniu, że dotyczy ono ograniczającego środka odnoszącego się do przepływu kapitału pociągającego za sobą świadczenie usług, ale nie do świadczonych usług jako takich. Jak bowiem podkreślił rzecznik generalny P. Mengozzi w swojej opinii przedstawionej w ramach sprawy Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company, postanowienie to odnosi się, w swoim brzmieniu, do przepływów kapitału „związanych” ze świadczeniem usług finansowych, a więc takich, które prowadzą do świadczenia usług finansowych<sup>65</sup>.

100. W niniejszej sprawie omawianą kategorią przepływu kapitału jest wypłata dywidend na rzecz funduszu emerytalnego. Jestem zdania, że w przypadku gdy fundusz emerytalny otrzymuje dywidendy, brak jest związku przyczynowo-skutkowego między przepływami kapitału i świadczeniem usług finansowych, ponieważ chodzi o bezpośrednie nabycie udziałów przez inwestora, który chce dywersyfikować swoje aktywa i lepiej rozdzielić ryzyko. Jak podkreśliła Komisja, objęcie udziałów przez fundusz emerytalny i dywidendy, które on otrzymuje z tego tytułu, służą przede wszystkim utrzymaniu aktywów poprzez zwiększoną dywersyfikację oraz lepszy rozdział ryzyka, a także rezerwom, które on tworzy w celu zagwarantowania poszanowania swoich zobowiązań emerytalnych w odniesieniu do osób w nim ubezpieczonych.

101. Wreszcie rozpatrywane ograniczenie polega na stosowaniu mechanizmu całkowitego zaliczenia, który dotyczy opodatkowania dywidend otrzymanych przez fundusze emerytalne będące rezydentami, z którego nie mogą korzystać fundusze emerytalne niebędące rezydentami. Tymczasem wspomniane ograniczenie nie dotyczy przepływów kapitału związanych ze świadczeniem usług finansowych przez fundusz emerytalny na rzecz osób w nim ubezpieczonych.

61 Wyrok z dnia 26 lutego 2019 r., C-135/17, EU:C:2019:136, pkt 28.

62 Punkt 40 niniejszej opinii.

63 Zobacz podobnie wyrok z dnia 21 maja 2015 r., Wagner-Raith, C-560/13, EU:C:2015:347, pkt 39, 43–45, w którym Trybunał orzekł, że przepis krajowy powinien dotyczyć przepływów kapitału mających wystarczająco ścisły związek ze świadczeniem usług finansowych oraz że dla istnienia wystarczająco ścisłego związku konieczne jest, aby istniał związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy przepływami kapitału a świadczeniem usług finansowych.

64 Wyrok z dnia 15 lutego 2017 r., X, C-317/15, EU:C:2017:119, pkt 33 i przytoczone tam orzecznictwo.

65 Zobacz, ogólnie rzecz ujmując, opinię rzecznika generalnego P. Mengozziego z dnia 6 listopada 2013 r. w sprawie Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2013:710, pkt 73–80).

102. W konsekwencji jestem zdania, że klauzula „standstill” przewidziana w art. 64 ust. 1 TFUE nie ma zastosowania do ograniczenia przewidzianego przez ustawodawstwo niemieckie rozpatrywane w sprawie w postępowaniu głównym.

## V. Wnioski

103. Mając na uwadze powyższe rozważania, proponuję, aby na pytania prejudycjalne przedstawione przez Finanzgericht München (sąd finansowy w Monachium, Niemcy) Trybunał odpowiedział w następujący sposób:

- 1) Artykuły 63 TFUE i 65 TFUE należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie przepisom państwa członkowskiego, które ustanawiają podatek pobierany u źródła od dywidend wypłacanych przez spółkę będącą rezydentem na rzecz funduszy emerytalnych będących rezydentami i niebędących rezydentami, przewidując mechanizm całkowitego zaliczenia na poczet podatku dochodowego od osób prawnych zastrzeżony dla funduszy emerytalnych będących rezydentami, który z tego względu skutkuje niemalże zwolnieniem tych dywidend od wszelkiego obciążenia podatkowego, podczas gdy w odniesieniu do funduszy emerytalnych niebędących rezydentami to pobranie jest podatkiem ostatecznym w zakresie, w jakim rzeczywiste obciążenie podatkowe związane z tymi dywidendami ponoszone w tym państwie przez fundusze emerytalne niebędące rezydentami jest większe niż opodatkowanie ciężące na funduszach emerytalnych będących rezydentami, czego zbadanie należy do sądu odsyłającego w postępowaniu głównym.
- 2) Artykuł 64 ust. 1 TFUE należy interpretować w ten sposób, że ustawodawstwo krajowe takie jak rozpatrywane w sprawie w postępowaniu głównym, które nie uległo zasadniczej zmianie od dnia 31 grudnia 1993 r. i które przewiduje pełne zaliczenie podatku od dochodów kapitałowych na poczet podatku dochodowego od osób prawnych, nie jest związane ze świadczeniem usług finansowych w rozumieniu tego postanowienia.