



## Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO  
GERARDA HOGANA  
przedstawiona w dniu 25 lutego 2021 r.<sup>1</sup>

**Sprawy połączone C-478/19 i C-479/19**

**UBS Real Estate Kapitalanlagegesellschaft mbH  
przeciwko  
Agenzia delle Entrate**

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Corte suprema di cassazione (sąd kasacyjny, Włochy)]

Wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym – Swoboda przedsiębiorczości – Artykuł 43 ust. 1 WE – Swoboda przepływu kapitału – Artykuł 56 ust. 1 WE – Opłaty za wpis do księgi wieczystej i do rejestru gruntów – Korzyści podatkowe przyznawane wyłącznie zamkniętym funduszom inwestycyjnym nieruchomości

### I. Wprowadzenie

1. Niniejszymi wnioskami o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym Corte suprema di cassazione (sąd kasacyjny, Włochy) zwraca się do Trybunału o wydanie orzeczenia w przedmiocie zgodności z prawem Unii, a w szczególności z postanowieniami traktatów o swobodzie przepływu kapitału i o swobodzie przedsiębiorczości, włoskich przepisów prawa ograniczających określonym przeze mnie jako „zamknięte” funduszom inwestycyjnym nieruchomości możliwość skorzystania z obniżenia o połowę wysokości opłat za wpis do księgi wieczystej i do rejestru gruntów należnych z tytułu nabycia nieruchomości komercyjnych w imieniu funduszy inwestycyjnych nieruchomości. W sprawie tej po raz kolejny pojawiają się zagadnienia związane z ograniczaniem swobody przepływu kapitału w dziedzinie opodatkowania.

2. Dokładniej, wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym zostały skierowane w ramach postępowania pomiędzy UBS Real Estate Kapitalanlagegesellschaft mbH (zwaną dalej „UBS Real Estate”), spółką prawa niemieckiego działającą w charakterze przedsiębiorstwa zarządzającego portfelem funduszy inwestycyjnych, a Agenzia delle Entrate (zwaną dalej „włoskim urzędem skarbowym”). Postępowanie dotyczy skargi wniesionej przez UBS Real Estate na dorozumiane decyzje odmowne włoskiego urzędu skarbowego o zwrot dwóm niemieckim funduszom inwestycyjnym zarządzanym przez tę spółkę kosztów opłat za wpis w księdze wieczystej i do rejestru gruntów uiszczonych przez te fundusze przy rejestracji nabycia dwóch kompleksów nieruchomości komercyjnych na tej podstawie, że fundusze te nie mogą skorzystać

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

z obniżenia opłaty o 50% za wpis do księgi wieczystej i rejestru gruntów, nie są bowiem zamkniętymi funduszami inwestycyjnymi, jak wymaga tego rozporządzenie z mocą ustawy nr 223/2006, lecz otwartymi funduszami inwestycyjnymi.

## II. Ramy prawne

### A. Prawo Unii

3. W czasie zaistnienia okoliczności faktycznych rozpatrywanych w postępowaniu głównym traktat z Lizbony nie zdążył jeszcze wejść w życie. W konsekwencji, choć niektóre podmioty powołują się na postanowienia Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, przy czym postanowienia te są identyczne w stosunku do wcześniej obowiązujących, tym niemniej zachodzi konieczność odwołania się do postanowień Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską.

4. W chwili obecnej prawo Unii rozróżnia dwa typy instrumentów zbiorowego inwestowania: przedsiębiorstwa zbiorowego inwestowania w zbywalne papiery wartościowe (UCITS) oraz instytucje i instrumenty zbiorowego inwestowania, które nie zaliczają się do UCITS, mianowicie alternatywne fundusze inwestycyjne (AFI), objęte dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/61/UE z dnia 8 czerwca 2011 r. w sprawie zarządzających alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi i zmiany dyrektyw 2003/41/WE i 2009/65/WE oraz rozporządzeń (WE) nr 1060/2009 i (UE) nr 1095/2010<sup>2</sup> (zwaną dalej „dyrektywą AFI”) oraz rozporządzeniem delegowanym Komisji (UE) nr 694/2014 z dnia 17 grudnia 2013 r. uzupełniającym dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/61/UE w odniesieniu do regulacyjnych standardów technicznych służących określeniu typów zarządzających alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi<sup>3</sup>.

5. Zarówno dyrektywa AFI, jak i rozporządzenie delegowane nr 694/2014 nie obowiązywały jednak w czasie zaistnienia okoliczności faktycznych rozpatrywanych w postępowaniu głównym. Tym niemniej rozporządzenie delegowane nr 694/2014 pozwala zrozumieć różnicę pomiędzy funduszami zamkniętymi a funduszami otwartymi.

6. To rozporządzenie delegowane zostało przyjęte w celu uzupełnienia przepisów [dyrektywy AFI] regulacyjnymi standardami technicznymi służącymi określeniu typów zarządzających alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi (ZAFI) w celu jednolitego stosowania niektórych wymogów dyrektywy<sup>4</sup>.

7. Motyw 2 powyższego rozporządzenia wyjaśnia, że:

„Pożądane jest rozróżnienie między ZAFI zarządzającymi AFI typu otwartego, AFI typu zamkniętego oraz oboma typami AFI, tak aby właściwie stosować w odniesieniu do ZAFI przepisy dotyczące zarządzania płynnością i procedur wyceny zawarte w dyrektywie [AFI]”.

<sup>2</sup> Dz.U. 2011, L 174, s. 1.

<sup>3</sup> Dz.U. 2014, L 183, s. 18.

<sup>4</sup> Zobacz motyw 1 rozporządzenia delegowanego nr 694/2014.

8. Motyw 3 rozporządzenia nr 694/2014 stanowi:

„Decydujący czynnik w ustaleniu, czy ZAFI zarządza AFI typu otwartego czy też AFI typu zamkniętego, powinien stanowić fakt, że AFI typu otwartego dokonuje odkupienia lub umorzenia swoich udziałów lub jednostek uczestnictwa na żądanie każdego posiadacza udziałów lub jednostek uczestnictwa przed rozpoczęciem etapu likwidacji lub rozwiązania AFI oraz zgodnie z procedurami i częstotliwością określonymi w jego regulaminie lub dokumentach założycielskich, prospekcie emisyjnym lub dokumentach ofertowych [...]”.

9. Artykuł 1 ust. 1–3 tego rozporządzenia, który jest jedynym artykułem o charakterze przepisu materialnego, stanowi:

„1. ZAFI może należeć do jednej lub obu z poniższych kategorii:

- ZAFI zarządzający AFI typu otwartego;
- ZAFI zarządzający AFI typu zamkniętego.

2. Za ZAFI zarządzającego AFI typu otwartego uznaje się ZAFI zarządzającego AFI, którego udziały lub jednostki uczestnictwa podlegają, na żądanie każdego z posiadaczy jego udziałów lub jednostek uczestnictwa, odkupieniu lub umorzeniu przed rozpoczęciem etapu likwidacji lub rozwiązania AFI, bezpośrednio lub pośrednio, z aktywów AFI oraz zgodnie z procedurami i częstotliwością określonymi w jego regulaminie lub dokumentach założycielskich, prospekcie emisyjnym lub dokumentach ofertowych.

Obniżenie kapitału AFI w związku z wypłatami dokonanyymi zgodnie z jego regulaminem lub dokumentami założycielskimi, prospektem emisyjnym lub dokumentami ofertowymi, w tym obniżenie kapitału, które zostało zatwierdzone uchwałą posiadaczy udziałów lub jednostek uczestnictwa podjętą zgodnie z jego regulaminem lub dokumentami założycielskimi, prospektem emisyjnym lub dokumentami ofertowymi, nie jest uwzględniane do celów ustalenia, czy AFI jest AFI typu otwartego.

Fakt, że udziały lub jednostki uczestnictwa AFI mogą być przedmiotem obrotu na rynku wtórnym i nie podlegają odkupieniu lub umorzeniu przez AFI, nie jest uwzględniany do celów ustalenia, czy AFI jest AFI typu otwartego.

3. Za ZAFI zarządzającego AFI typu zamkniętego uznaje się ZAFI, który zarządza AFI innego typu niż opisany w ust. 2”.

## **B. Prawo włoskie**

### **1. Dekret ustawodawczy nr 347/1990**

10. Decreto Legislativo 31 Ottobre 1990, N. 347 relativo alle disposizioni concernenti le imposte ipotecaria e catastale (dekret ustawodawczy nr 347 z dnia 31 października 1990 r. w sprawie przepisów o opłatach za wpis do księgi wieczystej i do rejestru gruntów, zwany dalej „dekretem ustawodawczym nr 347/1990”) stanowi, że formalności związane z wpisem, rejestracją hipotek, odnową i wzmiankami w księdze wieczystej podlegają opłacie za wpis. Postawą opodatkowania tą opłatą jest wartość przenoszona lub wnoszona nieruchomości, natomiast jej stawka wynosi 1,6%.

11. Dekret ustawodawczy nr 347/1990 uściśla również, że zmiana nazwiska uprawnionego z tytułu prawa własności lub prawa rzeczowego do nieruchomości wpisanej do księgi wieczystej podlega opłacie rejestracyjnej („imposta catastale”). Podatek ten, którego stawka wynosi 0,4%, jest proporcjonalny do wartości nieruchomości.

## **2. Rozporządzenie ministerialne nr 228/1999**

12. Decreto ministeriale n. 228, – Regolamento recante norme per la determinazione dei criteri generali cui devono essere uniformati i fondi comuni di investimento (rozporządzenie ministerialne nr 228 – Przepisy ustanawiające zasady określania ogólnych kryteriów, którym muszą odpowiadać fundusze zbiorowego inwestowania) z dnia 24 maja 1999 r.<sup>5</sup> stanowiło, że fundusze nieruchomości są to fundusze, które inwestują wyłącznie lub głównie w nieruchomości, w prawa związane z nieruchomościami oraz w udziały w przedsiębiorstwach działających na rynku nieruchomości.

## **3. Rozporządzenie z mocą ustawy nr 223/2006**

13. Artykuł 35, zatytułowany „Środki w celu zwalczania unikania opodatkowania i uchylania się od opodatkowania”, Decreto-Legge n. 223 – Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all’evasione fiscale (rozporządzenia z mocą ustawy nr 223/2006, ustanawiającego nadzwyczajne przepisy w celu ożywienia gospodarczego i społecznego, ograniczenia i racjonalizacji wydatków publicznych oraz działań w dziedzinie dochodów i zwalczania unikania opodatkowania) z dnia 4 lipca 2006 r.<sup>6</sup>, przekształconego, ze zmianami, w ustawę nr 248 z dnia 4 sierpnia 2006 r. (zwanego dalej „rozporządzeniem z mocą ustawy nr 223/2006”), stanowi w ust. 10 ter:

„W przypadku zmian w księgach wieczystych oraz wpisów dotyczących zbycia nieruchomości wykorzystywanych do prowadzenia działalności gospodarczej [...], także w przypadku, gdy są one objęte podatkiem od wartości dodanej, z udziałem zamkniętych funduszy nieruchomości, podlegających przepisom art. 37 testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria [tekstu jednolitego przepisów o pośrednictwie finansowym], o których mowa w decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (dekrecie ustawodawczym nr 58 z dnia 24 lutego 1998 r.), ze zmianami, oraz w art. 14 bis legge 25 gennaio 1994, n. 86 (ustawy nr 86 z dnia 25 stycznia 1994 r.) bądź przedsiębiorstw świadczących usługi leasingu finansowego bądź banków i pośredników finansowych [...], w odniesieniu do nabycia i wykupu aktywów, które mają zostać lub zostały oddane w leasing finansowy, stawki opłat za wpis do księgi wieczystej i do rejestru gruntów, zmienione przez ust. 10 bis niniejszego artykułu, zostają zmniejszone o połowę. Przepis, o którym mowa w poprzednim zdaniu, obowiązuje od dnia 1 października 2006 r.”

## **4. Dekret ustawodawczy nr 58/1998**

14. Decreto Legislativo N. 58/1998 – Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52 (dekret ustawodawczy nr 58/1998, tekst jednolity przepisów ustawowych o pośrednictwie finansowym, na podstawie

<sup>5</sup> GURI nr 164 z dnia 15 lipca 1999 r.

<sup>6</sup> GURI nr 153 z dnia 4 lipca 2006 r.

art. 8 i 21 ustawy z dnia 6 lutego 1996 r., nr 52) z dnia 24 lutego 1998 r.<sup>7</sup>, w brzmieniu obowiązującym na dzień, w którym zostały przeprowadzone transakcje rozpatrywane w postępowaniu głównym, w art. 1, zatytułowanym „Definicje”, stanowi:

„1. W niniejszym dekrete ustawodawczym stosuje się następujące definicje:

[...]

(k) »fundusz otwarty« oznacza fundusz zbiorowego inwestowania, którego uczestnicy uprawnieni są do zażądania umorzenia kwot zgodnie z regulaminem funkcjonowania funduszu;

(l) »fundusz zamknięty« oznacza fundusz zbiorowego inwestowania, w ramach którego prawo do umorzenia udziałów przyznawane jest uczestnikom wyłącznie w ustalonych okresach czasu [...]”.

15. Artykuł 36 dekretu ustawodawczego nr 58/1998, zatytułowany „Fundusze zbiorowego inwestowania”, w wersji obowiązującej w dacie okoliczności faktycznych w postępowaniu głównym, stanowił:

„1. Fundusz zbiorowego inwestowania zarządzany jest przez przedsiębiorstwo zarządzające portfelami, które go założyło, lub przez inne przedsiębiorstwo zarządzające portfelami. Drugie wyżej wymienione przedsiębiorstwo zarządza założonymi przez siebie funduszami, jak również funduszami założonymi przez inne przedsiębiorstwa.

[...]

3. Uczestnictwo w funduszu zbiorowego inwestowania uregulowane jest w regulaminie funduszu. Banca d'Italia [Bank Włoch], po przeprowadzeniu konsultacji z [Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob) (krajową komisją ds. spółek i giełdy, Włochy)], określa ogólne kryteria stosowane przy redagowaniu regulaminu funduszu, jak również minimalną treść regulaminu, oprócz określonej w przepisach art. 39.

[...]

6. Każdy fundusz zbiorowego inwestowania bądź subfundusz tego funduszu stanowi niezależny portfel, odrębny dla potrzeb prawa od aktywów przedsiębiorstwa zarządzającego portfelem i od aktywów każdego z uczestników, jak również od innych aktywów zarządzanych przez to samo przedsiębiorstwo [...]”.

16. Zgodnie z art. 37 dekretu ustawodawczego nr 58/1998, zatytułowanym „Struktura funduszy zbiorowego inwestowania”, w wersji obowiązującej w dacie okoliczności faktycznych w postępowaniu głównym:

„1. Minister gospodarki i finansów określa w drodze rozporządzenia wydawanego po przeprowadzeniu konsultacji z Bankiem Włoch i Consobem ogólne kryteria, które fundusze zbiorowego inwestowania zobowiązane są spełniać w zakresie:

a) celu inwestowania;

<sup>7</sup> Dodatek zwyczajny do GURI nr 71 z dnia 26 marca 1998 r.

- b) kategorii inwestorów, dla których przeznaczona jest oferta udziałów;
- c) warunków uczestnictwa w funduszach otwartych i funduszach zamkniętych, w szczególności częstotliwości emisji i umarzania udziałów, minimalnego progu subskrypcji, o ile ma zastosowanie, oraz stosowanych procedur;
- d) minimalnego i maksymalnego czasu trwania, o ile ma zastosowanie;
- d bis) warunków dotyczących nabywania lub wnoszenia nieruchomości, zarówno na chwilę utworzenia funduszu, jak i w terminie późniejszym, dla funduszy inwestujących wyłącznie lub głównie w nieruchomości, prawa do nieruchomości oraz w udziały w nieruchomościach w przedsiębiorstwach działających na rynku nieruchomości.

[...]

2 bis. Regulamin, o którym mowa w ust. 1, także określa sprawy, w których uczestnicy funduszu zamkniętego zbierają się w celu podjęcia wiążących decyzji dla przedsiębiorstwa zarządzającego portfelem. Zgromadzenie rozstrzyga o zmianie przedsiębiorstwa zarządzającego funduszem, o wniosku o dopuszczenie do notowań, w sytuacji gdy nie zostało to przewidziane, oraz o zmianach w polityce zarządzania [...]”.

17. Zgodnie z art. 39 dekretu ustawodawczego nr 58/1998, w wersji obowiązującej w dacie okoliczności faktycznych w postępowaniu głównym, zatytułowanym „Regulamin funduszu”:

„1. Regulamin każdego funduszu zbiorowego inwestowania określa jego cechy, reguluje jego działalność, określa przedsiębiorstwo promujące zarządzającego, gdy nie jest nim przedsiębiorstwo promujące, bank powierniczy, a także określa zadania w zakresie dystrybucji pomiędzy tymi ostatnimi podmiotami oraz reguluje istniejące relacje pomiędzy nimi a uczestnikami.

2. Regulamin w szczególności określa:

- a) nazwę i czas trwania funduszu;
- b) warunki uczestnictwa w funduszu, warunki emisji i umorzenia świadectw, jak również subskrypcję i umorzenie udziałów, a także warunki likwidacji funduszu;
- c) organy właściwe do wyboru inwestycji i kryteria przeznaczania tych inwestycji;
- d) rodzaj nieruchomości, instrumentów finansowych i innych papierów wartościowych, w które możliwe jest inwestowanie aktywów funduszu;

[...]”.

### III. Stan faktyczny w postępowaniu głównym oraz wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym

18. UBS Real Estate jest przedsiębiorstwem zarządzającym portfelami funduszy zbiorowego inwestowania z siedzibą w Niemczech, które posiada oddział we Włoszech. Zarządza ono portfelami dwóch funduszy inwestycyjnych nieruchomości, mianowicie UBS (D) 3 Sector Real Estate Europe, w likwidacji [dawniej UBS (D) 3 Kontinente Immobilien], i UBS (D) Euroinvest Immobilien Real Estate Investment Fund (zwanymi dalej „funduszami UBS”), ustanowionych na gruncie prawa niemieckiego<sup>8</sup>.

19. W dniu 4 października 2006 r. UBS Real Estate nabyło w imieniu funduszy UBS dwie nieruchomości wykorzystywane do prowadzenia działalności gospodarczej, położone w San Donato Milanese, Włochy. W trakcie rejestracji obu nieruchomości UBS Real Estate wpłaciło do włoskiego urzędu skarbowego w imieniu obu funduszy opłatę za wpis (3%) i opłatę rejestracyjną (1%) w łącznej wysokości 802 400,00 EUR w odniesieniu do pierwszej nieruchomości oraz 820 900,00 EUR w odniesieniu do drugiej nieruchomości.

20. Na późniejszym etapie UBS Real Estate powzięło wiadomość, że rozporządzenie z mocą ustawy nr 223/2006 weszło w życie w dniu 1 października 2006 r. Przedmiotowe rozporządzenie z mocą ustawy przewiduje obniżenie o połowę opłat za wpis do księgi wieczystej i do rejestru gruntów z tytułu nabycia nieruchomości w imieniu zamkniętych funduszy inwestycyjnych nieruchomości w rozumieniu art. 37 rozporządzenia z mocą ustawy nr 58/1998.

21. UBS Real Estate złożyło dwa wnioski do włoskiego urzędu skarbowego o zwrot, jak twierdziło, dwóch nadpłaconych opłat związanych z rejestracją każdej z nieruchomości, uważało ono bowiem, że fundusze otwarte, takie jak dwa wskazane fundusze, powinny być również uprawnione do skorzystania z przepisów rozporządzenia z mocą ustawy nr 223/2006.

22. Włoski urząd skarbowy faktycznie nie wydał żadnych wyraźnych decyzji w przedmiocie dwóch wniosków złożonych przez UBS Real Estate. Zaniechanie to jednak zgodnie z prawem włoskim prowadzi do wydania dwóch dorozumianych decyzji odmownych („silenzio-rifiuto”) w przedmiocie tychże wniosków.

23. UBS Real Estate następnie wniosło dwie skargi w przedmiocie tych dwóch dorozumianych decyzji do Commissione Tributaria Provinciale di Milano (sądu ds. podatkowych dla prowincji Mediolan, Włochy). Skargi te zostały oddalone na tej podstawie, że ustawodawca włoski wyraźnie ograniczył możliwość korzystania z obniżenia podatku przewidzianego w rozporządzeniu z mocą ustawy nr 223/2006 wyłącznie do kategorii zamkniętych funduszy inwestycyjnych.

24. UBS Real Estate wniosło odwołanie od obydwu wyroków sądu ds. podatkowych do Commissione Tributaria Regionale per la Lombardia (regionalnego sądu ds. podatkowych dla Lombardii, Włochy).

25. Odwołania te zostały oddalone dwoma wyrokami Commissione Tributaria Regionale per la Lombardia (regionalnego sądu ds. podatkowych dla Lombardii, Włochy) z dnia 3 kwietnia 2012 r. na tej podstawie, iż mając na uwadze szereg różnic pomiędzy oboma typami funduszy nieruchomości (fundusz zamknięty podlegający prawu włoskiemu oraz fundusz otwarty podlegający prawu niemieckiemu), nie miało miejsca ani naruszenie prawa Unii ze względu na

<sup>8</sup> Według UBS fundusze te nie były wprowadzane do obrotu we Włoszech.

różnicę w traktowaniu (ponieważ w odmiennych okolicznościach mogą być stosowane odmienne przepisy podatkowe), ani naruszenie art. 25 konwencji pomiędzy Włochami a Niemcami o unikaniu podwójnego opodatkowania (nie doszło bowiem do dyskryminacji ze względu na przynależność państwową).

26. UBS Real Estate wniosło następnie dwie skargi kasacyjne do Corte suprema di cassazione (sądu kasacyjnego, Włochy) w przedmiocie tych stwierdzeń. W tych skargach kasacyjnych UBS Real Estate między innymi zakwestionowało zgodność art. 35 ust. 10 ter rozporządzenia z mocą ustawy nr 223/2006 z postanowieniami aktualnych art. 18, 49 i 63 TFUE. Urząd skarbowy sprzeciwił się tym skargom kasacyjnym i wniósł kasację wzajemną.

27. Na poparcie skarg kasacyjnych UBS Real Estate m.in. twierdzi, że regionalny sąd ds. podatkowych naruszył art. 49 TFUE w ten sposób, że uznał, iż różnica w traktowaniu pod względem podatkowym funduszy zamkniętych i funduszy otwartych jest uzasadniona odmiennością przedmiotowych przypadków, mimo że różnice te nie mają znaczenia w świetle zastosowanego kryterium i ratio legis art. 35 ust. 10 ter rozporządzenia z mocą ustawy nr 223/2006.

28. Corte suprema di cassazione (sąd kasacyjny, Włochy) uważa, że w obu sprawach powstaje w istocie pytanie, czy różnice pomiędzy zamkniętymi funduszami inwestycyjnymi prawa włoskiego i otwartymi funduszami inwestycyjnymi prawa innego państwa członkowskiego mogą uzasadniać odmienne traktowanie pod względem podatkowym.

29. W tym względzie sąd ten zwraca uwagę, że włoski system podatkowy dla funduszy nieruchomości został w ostatnich latach poddany licznym zmianom w celu stworzenia zachęt dla rozwoju funduszy zamkniętych, przy jednoczesnym zabezpieczeniu, że nie zostaną one wykorzystane w celu obejścia prawa.

30. Co się tyczy bardziej konkretnie art. 35 ust. 10 ter rozporządzenia z mocą ustawy nr 223/2006, Corte suprema di cassazione (sąd kasacyjny, Włochy) wskazał, że ograniczenie ulgi podatkowej wyłącznie do funduszy zamkniętych na podstawie tego przepisu ma zasadniczo na celu promocję i zachęcanie rozwoju zbiorowych funduszy inwestycyjnych nieruchomości, u których podstaw nie leżą zamiary inwestycyjne o dużym stopniu ryzyka i niepewności, przy czym zostaje zarazem ograniczone ryzyko systemowe na rynku nieruchomości na wypadek kryzysu. Istotnie, w przypadku powstania kryzysu na rynku nieruchomości osoby, które zainwestowały w fundusze inwestycyjne tego typu, na ogół zażądałyby wcześniejszego umorzenia ich udziałów, co skutkowałoby wchłonięciem zabezpieczeń płynności takich funduszy. Fundusze takie zostałyby wówczas zmuszone do sprzedaży części nabytych nieruchomości poniżej ich normalnej wartości w celu zaspokojenia wniosków o umorzenie, co pogłębiłoby kryzys. Z tych przyczyn byłoby wskazane zachęcanie inwestorów do nabywania jednostek funduszy zamkniętych, a nie funduszy otwartych.

31. W tych okolicznościach Corte suprema di cassazione (sąd kasacyjny, Włochy) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału w każdej ze spraw z pytaniem prejudycjalnym, które zostało sformułowane w obu sprawach w identyczny sposób:

„Czy przepisy prawa wspólnotowego – a w szczególności postanowienia traktatu dotyczące swobody przedsiębiorczości i swobody przepływu kapitału, w wykładni Trybunału – sprzeciwiają się obowiązywaniu przepisu prawa krajowego, takiego jak przepis, o którym mowa w art. 35 ust. 10



[ter] [rozporządzenia z mocą ustawy nr 223/2006], w części, w której ogranicza on zastosowanie ulgi dotyczącej opłat za wpis do księgi wieczystej i do rejestru gruntów do zamkniętych funduszy nieruchomości?”.

32. W trakcie postępowania Trybunał skierował do rządu włoskiego i UBS Real Estate pytania w celu udzielenia na nie odpowiedzi na piśmie. UBS Real Estate udzieliło odpowiedzi na te pytania, natomiast rząd włoski ich nie udzielił, w związku z czym określone aspekty prawa włoskiego należy potwierdzić w terminie późniejszym.

#### IV. Analiza

33. Na wstępie należy przypomnieć, iż zgodnie z art. 267 TFUE, w ramach orzekania w trybie prejudycjalnym, Trybunał jest właściwy jedynie do orzekania o wykładni traktatów lub o ważności i wykładni aktów przyjętych przez instytucje, organy lub jednostki organizacyjne Unii, jednakże nie w przedmiocie dokładnej wykładni prawa krajowego ani w przedmiocie zgodności norm prawa krajowego z normami prawa Unii, ani w przedmiocie ścisłości wszystkich informacji o stanie faktycznym zawartych w aktach sprawy<sup>9</sup>.

34. Z jednej strony z powyższego wynika, że Trybunał nie jest właściwy do orzekania w przedmiocie wykładni umowy międzynarodowej zawartej przez państwa członkowskie, takiej jak obowiązująca konwencja pomiędzy Włochami a Niemcami o unikaniu podwójnego opodatkowania. Z drugiej strony, w sytuacji gdy Trybunał orzeka w trybie prejudycjalnym (i odmiennie niż w sytuacji postępowania w sprawie naruszenia prawa Unii), udzielana przez niego odpowiedź uwzględnia okoliczności przedstawione przez sąd krajowy. Wyłącznie do sądu krajowego należy sprawdzenie ścisłości przekazanych informacji na temat stanu faktycznego, a zatem sprawdzenie, że założenie skierowanego pytania odpowiada sytuacji będącej przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, a w szczególności w odniesieniu do celów realizowanych przez przedmiotowe przepisy prawa<sup>10</sup>.

35. Prawdą jest, że Trybunał może wziąć pod uwagę obowiązujące konwencje dwustronne pomiędzy dwoma państwami członkowskimi jako część ram prawnych w celu opisanie sytuacji zakładanej przez dany sąd odsyłający, a tym samym dokonać wykładni prawa Unii, która jest użyteczna dla sądu krajowego, pod warunkiem że nie wyda on orzeczenia w przedmiocie ich konkretnej wykładni<sup>11</sup>.

36. W niniejszej sprawie nie wydaje się jednak, aby obowiązująca umowa podatkowa pomiędzy Włochami a Niemcami stanowiła uzasadnienie zaskarżonych orzeczeń; również sąd krajowy nie nawiązuje do niej w swoich dwóch pytaniach. W tych okolicznościach nie dostrzegam uzasadnienia dla uwzględniania jej przy udzielaniu odpowiedzi na przedłożone pytania.

<sup>9</sup> Zobacz podobnie wyroki: z dnia 16 czerwca 2015 r., Gauweiler i in. (C-62/14, EU:C:2015:400, pkt 15); z dnia 11 czerwca 2020 r., Subdelegación del Gobierno en Guadalajara (C-448/19, EU:C:2020:467, pkt 17).

<sup>10</sup> Jest to tym bardziej prawdą, że w odróżnieniu od postępowania o naruszenie prawa Unii na stronach nie spoczywa ciężar dowodu, gdyż wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest postępowaniem pomiędzy sędziami. W rzeczy samej, procedura przewidziana w art. 267 TFUE nie jest postępowaniem kontrydiktoryjnym, lecz instrumentem współpracy pomiędzy Trybunałem i sądami krajowymi, dzięki któremu Trybunał dostarcza sądom krajowym elementów wykładni prawa Unii, które są niezbędne dla rozstrzygnięcia przedstawionych im sporów. Zobacz wyrok z dnia 15 września 2011 r., Unió de Pagesos de Catalunya (C-197/10, EU:C:2011:590, pkt 16).

<sup>11</sup> Zobacz podobnie wyroki: z dnia 19 stycznia 2006 r., Bouanich (C-265/04, EU:C:2006:51, pkt 51); z dnia 25 października 2017 r., Polbud – Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804, pkt 27).

37. Po drugie, skoro sąd krajowy w swoich pytaniach nawiązuje do kilku swobód przepływu, w pierwszej kolejności zachodzi konieczność określenia, która z tych swobód jest właściwa.

#### A. Określenie właściwych postanowień Traktatu

38. Skoro sąd krajowy przytacza w swoim pytaniu zarówno swobodę przedsiębiorczości, o której mowa w art. 43 WE, jak i swobodę przepływu kapitału, określoną w art. 56 WE, zachodzi konieczność ustalenia, czy akt prawa krajowego rozpatrywany w postępowaniu głównym wchodzi w zakres swobody przedsiębiorczości, czy swobodnego przepływu kapitału, czy też wchodzi w zakres obu tych swobód.

39. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału dla ustalenia, czy przepis krajowy wchodzi w zakres tej lub innej swobody przepływu, należy wziąć pod uwagę przedmiot danego ustawodawstwa<sup>12</sup>.

40. W tym względzie należy zauważyć, że swobodę przedsiębiorczości można określić jako wolność zakładania w państwie członkowskim przedsiębiorstwa lub przenoszenia go do państwa członkowskiego innego niż państwo pochodzenia<sup>13</sup>. W konsekwencji swoboda ta z góry zakłada, że zainteresowany przedsiębiorca ma zamiar w skuteczny sposób prowadzić swą działalność gospodarczą za pomocą stałej instalacji i przez czas nieokreślony<sup>14</sup>. Tak więc np. w sporze dotyczącym budynku osoby nabywające ten budynek mogą powoływać się na swobodę przedsiębiorczości, jeżeli zamierzają prowadzić w nim działalność gospodarczą<sup>15</sup>.

41. Choć traktat WE nie definiuje pojęcia „przepływu kapitału” – czego nie czyni też traktat TFUE – tym niemniej z utrwalonego orzecznictwa wynika, że dyrektywa 88/361/EWG z dnia 24 czerwca 1988 r. w sprawie wykonania art. 67 traktatu<sup>16</sup> wraz z załączonymi do niej nomenklaturą przepływów kapitału i definicjami pojęć zachowuje walor wskazówki w tym względzie<sup>17</sup>. Zgodnie z definicją pojęć do dyrektywy 88/361 transgraniczne przepływy kapitału obejmują w szczególności „[z]akup budynków i gruntów oraz wznoszenie budowli przez osoby prywatne w celu osiągnięcia zysku albo na użytek własny”. W rzeczy samej, korzystanie z prawa do nabywania, eksploatacji i zbywania mienia nieruchomości na terytorium innego państwa członkowskiego z konieczności generuje przepływy kapitału.

42. Z powyższego wynika, że akty prawa krajowego regulujące inwestycje w nieruchomości dokonywane przez osoby niebędące rezydentami na terytorium państwa członkowskiego w sposób niemal nieunikniony będą oddziaływały zarówno na swobodę przedsiębiorczości, jak i na swobodę przepływu kapitału<sup>18</sup>.

<sup>12</sup> Wyrok 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 34).

<sup>13</sup> Zobacz podobnie w szczególności wyroki: z dnia 28 stycznia 1986 r., Komisja/Francja (270/83, EU:C:1986:37, pkt 14); z dnia 7 lipca 1988 r., Stanton i L'Étoile 1905 (143/87, EU:C:1988:378, pkt 11); z dnia 25 października 2017 r., Polbud – Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804, pkt 33). Moim zdaniem wystarczy, że osoby niebędące rezydentami mają możliwość wybrania systemu podatkowego mającego zastosowanie wobec rezydentów. W tej sytuacji to do osób niebędących rezydentami należy decyzja, czy wolą ten lub inny system, który, w zależności od ich sytuacji, może być bardziej lub mniej korzystny.

<sup>14</sup> Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 23 lutego 2016 r., Komisja/Węgry (C-179/14, EU:C:2016:108, pkt 148–150); z dnia 14 listopada 2018 r., Memoria i Dall'Antonia (C-342/17, EU:C:2018:906, pkt 44).

<sup>15</sup> Zobacz podobnie wyrok z dnia 21 stycznia 2010 r., SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, pkt 38).

<sup>16</sup> Dz.U. 1988, L 178, s. 5. Dyrektywa ta, która w dalszym ciągu pozostaje w mocy, doprowadziła do pełnej liberalizacji przepływów kapitału oraz stanowiła pierwszy etap unii walutowej. Zobacz wyrok z dnia 23 lutego 1995 r., Bordessa i in. (C-358/93 i C-416/93, EU:C:1995:54, pkt 17).

<sup>17</sup> Wyrok z dnia 23 lutego 2006 r., van Hilten-van der Heijden (C-513/03, EU:C:2006:131, pkt 39).

<sup>18</sup> Zobacz podobnie wyrok z dnia 1 czerwca 1999 r., Konle (C-302/97, EU:C:1999:271, pkt 22).

43. Zgodnie jednak z utrwalonym orzecznictwem uzasadnieniem odesłania prejudycjalnego nie jest wydawanie opinii w kwestiach generalnych lub hipotetycznych, lecz rzeczywista potrzeba związana ze skutecznym rozstrzygnięciem określonego sporu<sup>19</sup>. W konsekwencji w celu określenia, która swoboda będzie stanowić podstawę udzielenia odpowiedzi na pytanie prejudycjalne, zachodzi również konieczność uwzględnienia struktury przedmiotowego sporu w postępowaniu głównym. I tak, okoliczność, że przepis prawa krajowego może oddziaływać na dwie swobody, niekoniecznie oznacza, że strona występująca z wnioskiem może powoływać się na obydwie te swobody w sporze będącym przedmiotem postępowania głównego. W związku z powyższym, jeżeli przepis prawa krajowego może wchodzić w zakres dwóch swobód, to należy go zbadać jedynie w świetle jednej z tych dwóch swobód, jeżeli z okoliczności sprawy wynika, że skarżący może oprzeć się wyłącznie na jednej swobodzie<sup>20</sup>.

44. Z akt niniejszej sprawy wynika, że dwa fundusze, które nabyły dwa sporne kompleksy nieruchomości komercyjnych, uczyniły to w formie biernej inwestycji w przedmiotowe fundusze, nie zakładając przedsiębiorstwa ani nie użytkując przedmiotowej nieruchomości w inny sposób. Z powyższego wynika, że fundusze w postępowaniu głównym nie korzystały ze swobody przedsiębiorczości, lecz wyłącznie ze swobody przepływu kapitału<sup>21</sup>. W konsekwencji, jak stwierdziła Komisja, zarzucaną różnicę w traktowaniu należy badać wyłącznie pod kątem swobody przepływu kapitału.

45. Jednakże aby swobody przepływu związane z rynkiem wewnętrznym miały zastosowanie, muszą zostać spełnione dwie przesłanki: po pierwsze, sytuacja będąca przedmiotem sporu w postępowaniu głównym nie może mieć czysto wewnętrznego charakteru dla danego państwa członkowskiego<sup>22</sup>; po drugie, dziedzina objęta zakresem stosowania przepisu krajowego, którego zgodność z prawem Unii jest kwestionowana, nie mogła być jeszcze w pełni zharmonizowana<sup>23</sup>.

46. W niniejszej sprawie jest oczywiste, że pierwsza przesłanka została spełniona, skarżący działa bowiem w imieniu dwóch funduszy podlegających prawu innego państwa członkowskiego. Co się tyczy drugiej przesłanki – to znaczy określenia, czy dziedzina wchodząca w zakres stosowania przepisu rozpatrywanego w postępowaniu głównym została w pełni zharmonizowana na szczeblu Unii – należy mieć na względzie charakter i skutki tego przepisu, a nie działalność prowadzoną przez fundusze.

<sup>19</sup> Zobacz w szczególności wyrok z dnia 10 grudnia 2018 r., Wightman i in. (C-621/18, EU:C:2018:999, pkt 28).

<sup>20</sup> Zobacz podobnie wyroki: z dnia 26 czerwca 2008 r., Burda (C-284/06, EU:C:2008:365, pkt 68, 69); z dnia 18 czerwca 2009 r., Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377, pkt 34, 35); z dnia 30 kwietnia 2020 r., Société Générale (C-565/18, EU:C:2020:318, pkt 19). Określenie właściwych swobód może mieć praktyczne znaczenie, bowiem swoboda przedsiębiorczości wchodzi w zakres stosowania dyrektywy 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotyczącej usług na rynku wewnętrznym (Dz.U. 2006, L 376, s. 36).

<sup>21</sup> Prawdą jest, iż w wyroku z dnia 30 maja 1989 r., Komisja/Grecja (305/87, EU:C:1989:218), Trybunał zbadał uregulowanie o zawieraniu przez obywateli państw członkowskich czynności prawnych dotyczących nieruchomości położonych w greckich strefach przygranicznych z punktu widzenia swobody przedsiębiorczości. Należy jednak zwrócić uwagę, że sprawa ta dotyczyła skargi z tytułu uchybienia zobowiązaniom, a nie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym. W przypadku wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym określenie przedmiotowej swobody musi uwzględniać sytuację stron (dlatego też m.in. kwestia, czy spór ma charakter wewnętrzny, jest rozstrzygająca dla dopuszczalności pytania prejudycjalnego). Jednakże przy skardze w związku z uchybieniem zobowiązaniom Trybunał orzeka o zgodności przepisów z prawem Unii w sposób ogólny. W sprawie Komisja/Grecja (305/87, EU:C:1989:218), mając wzgląd na cele i treść przedmiotowych przepisów, przepisy te mogły mieć zastosowanie zarówno wobec zwyczajnych inwestorów, jak i wobec osób pragnących założyć przedsiębiorstwo przy pomocy rozpatrywanych nieruchomości.

<sup>22</sup> Zobacz wyrok z dnia 15 listopada 2016 r., Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874, pkt 47)

<sup>23</sup> Zobacz podobnie w szczególności wyrok z dnia 16 października 2014 r., Komisja/Niemcy (C-100/13, niepublikowany, EU:C:2014:2293, pkt 62).

47. W tym miejscu można zauważyć, iż skoro art. 35 rozporządzenia z mocą ustawy nr 223/2006 ma zastosowanie przy przeniesieniu i zbyciu nieruchomości w celu prowadzenia działalności zawodowej, i jako że czynności te mają zapewnić korzyść podatkową, przepis ten należy do przepisów podatkowych dotyczących nieruchomości. Jest oczywiste, że prawo Unii nie dokonało harmonizacji przepisów podatkowych mających zastosowanie wobec transakcji dotyczących nieruchomości, w tym, tak jak w niniejszej sprawie, wobec transakcji realizowanych przez „zamknięty” fundusz nieruchomości.

48. W tych okolicznościach proponuję zbadanie rozpatrywanych przepisów krajowych jedynie w świetle swobodnego przepływu kapitału przewidzianego w art. 56 WE (obecnie art. 63 TFUE).

## **B. W przedmiocie istnienia ograniczenia**

### ***1. W przedmiocie kryterium, które należy zastosować***

49. Na wstępie należy przypomnieć, że bezpośrednio opodatkowanie nadal należy do państw członkowskich, które mają swobodę w ustanawianiu systemu opodatkowania, jaki uznają za najbardziej odpowiedni. Do państw tych należy określenie zakresu jurysdykcji podatkowej, jak również podstawowych zasad ich systemu podatkowego. W obecnym stanie harmonizacji krajowych przepisów prawa podatkowego państwa członkowskie mają swobodę w ustanawianiu systemu opodatkowania, który uznają za najbardziej odpowiedni<sup>24</sup>.

50. W tym kontekście swobody związane z przepływem nie mogą więc być rozumiane w ten sposób, że państwo członkowskie jest zobowiązane do ustalenia zasad podatkowych w zależności od zasad innego państwa członkowskiego w celu zagwarantowania, że ewentualne nierówności zostaną wyeliminowane<sup>25</sup>. W związku z powyższym niekorzystne skutki, które mogą wynikać z równoległego wykonywania kompetencji podatkowych przysługujących różnym państwom członkowskim, nie stanowią same w sobie ograniczeń swobody przepływu kapitału<sup>26</sup>. Jeżeli miałyby miejsce taka sytuacja, wówczas możliwość nakładania przez państwa członkowskie podatków zostałaby naruszona. W tych okolicznościach quasi-ograniczenia wynikające ze współistnienia dwóch systemów podatkowych należy uznać za znajdujące się poza zakresem traktatu<sup>27</sup>.

51. Państwa członkowskie zobowiązane są jednak wykonywać swoje kompetencje podatkowe w sposób zgodny ze swobodą przepływu, co oznacza, że w 2006 r. powinny były powstrzymać się od przyjmowania przepisów zakazanych na podstawie art. 56 ust. 1 WE (obecnie art. 63 ust. 1 TFUE)<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> Zobacz wyrok z dnia 3 marca 2020 r., Vodafone Magyarorszá (C-75/18, EU:C:2020:139, pkt 49). Prawo Unii nie zobowiązuje państw członkowskich do prowadzenia konsultacji w celu wyeliminowania podwójnego opodatkowania tego samego zysku ani, przeciwnie, do tego, by dany zysk w ogóle nie został opodatkowany. Zobacz wyroki: z dnia 26 maja 2016 r., NN (L) International (C-48/15, EU:C:2016:356, pkt 47); 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 169–172).

<sup>25</sup> Zobacz w szczególności wyrok z dnia 27 lutego 2020 r., AURES Holdings (C-405/18, EU:C:2020:127, pkt 32).

<sup>26</sup> Wyrok z dnia 16 lipca 2009 r., Damseaux (C-128/08, EU:C:2009:471, pkt 27).

<sup>27</sup> Zobacz podobnie: wyrok z dnia 14 listopada 2006 r., Kerckhaert i Morres (C-513/04, EU:C:2006:713, pkt 20); opinia rzecznika generalnego L. Geelhoeda w sprawie Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, EU:C:2006:139, pkt 39).

<sup>28</sup> Zobacz w szczególności wyrok z dnia 12 września 2006 r., Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, pkt 40).

52. W sprawach podatkowych Trybunał przy dokonywaniu oceny poszanowania swobód przepływu na ogół stosuje podejście bardziej restrykcyjne niż w innych sprawach. Istotnie, podczas gdy w tych innych sprawach Trybunał stwierdza, że ma miejsce ograniczenie, gdy tylko sporne krajowe przepisy podatkowe skutkują zniechęceniem do podejmowania działalności transgranicznej, należy zauważyć, że sam fakt opodatkowania danej działalności lub transakcji w sposób nieunikniony czyni wykonywanie tej transakcji mniej atrakcyjnym. Zatem aby nie naruszać możliwości pobierania podatków przez państwa członkowskie, Trybunał uważa co do zasady, że rozpatrywany środek krajowy powinien również powodować bezpośrednią lub pośrednią dyskryminację ze szkodą dla inwestora transgranicznego, aby środek ten mógł zostać uznany za ograniczenie<sup>29</sup>. W konsekwencji, aby dany przepis mógł zostać uznany za niezgodny z prawem Unii, Trybunał wymaga co do zasady zastosowania kryterium porównywalności<sup>30</sup>.

53. Zazwyczaj przepis mający na celu odmienne traktowanie albo skutkujący odmiennym traktowaniem porównywalnych sytuacji, lub odwrotnie, identycznym traktowaniem odmiennych sytuacji, stanowi dyskryminację<sup>31</sup>.

54. Zważywszy, iż swobody przepływu mają na celu realizację jednolitego rynku, Trybunał początkowo stosował szczególną definicję w tej dziedzinie. I tak, gdy traktat zakazuje stosowania określonego kryterium, dyskryminacja bezpośrednia występuje w przypadku, gdy osobę traktuje się mniej przychylnie na podstawie takiego kryterium. Dyskryminacja pośrednia ma natomiast miejsce wówczas, gdy użyte kryterium, które na pierwszy rzut oka wydaje się neutralne, jest jednak stosowane w praktyce w sposób, który stawia niektóre osoby w niekorzystnym położeniu w stosunku do innych osób<sup>32</sup>. Na podstawie tego podejścia w kontekście korzystania ze swobody przepływu, w tym ze swobody przepływu kapitału, Trybunał uznawał, że dyskryminacja bezpośrednia ma miejsce, gdy przepis prawa czyni rozróżnienie ze względu na przynależność państwową, natomiast dyskryminacja pośrednia zachodzi, gdy przepis, choć oparty na innym kryterium, jak na przykład miejsce zamieszkania, faktycznie prowadzi do takich samych skutków<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> Zobacz podobnie wyroki: z dnia 6 grudnia 2007 r., *Columbus Container Services* (C-298/05, EU:C:2007:754, pkt 53); z dnia 26 maja 2016 r., *NN (L) International* (C-48/15, EU:C:2016:356, pkt 47). Z pewnością, zgodnie z niektórymi wyrokami, „do środków zakazanych na mocy art. [56] ust. 1 WE zaliczają się, jako ograniczenia w przepływie kapitału, środki, które mogą zniechęcać osoby niebędące rezydentami do dokonywania inwestycji w określonym państwie członkowskim lub które mogą zniechęcić osoby będące rezydentami w państwie członkowskim do dokonywania inwestycji w innych państwach”. Zobacz w szczególności wyrok z dnia 10 maja 2012 r., *Santander Asset Management SGIIC i in.* (sprawy połączone od C-338/11 do C-347/11, EU:C:2012:286, pkt 15). Wyróżnienie moje. Nie znaczy to jednak, że fakt, iż przepis wywołuje taki skutek zniechęcający, wystarcza, aby przepis ów uznać za ograniczenie. Zobacz pkt 23 i 39 tego wyroku.

<sup>30</sup> Rzecznik generalna J. Kokott zaproponowała odejście od kryterium niedyskryminacji i zachęcała do stosowania w dziedzinie podatków tego samego kryterium co kryterium stosowane w innych dziedzinach. Trybunał nie przychylił się jednak do jej opinii w tym względzie. Zobacz: opinia rzecznik generalnej J. Kokott w sprawie *Nordea Bank* (C-48/13, EU:C:2014:153, pkt 22); wyrok z dnia 17 lipca 2014 r., *Nordea Bank Danmark* (C-48/13, EU:C:2014:2087, pkt 23, 24).

<sup>31</sup> Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 13 marca 2014 r., *Bouanich* (C-375/12, EU:C:2014:138, pkt 45); z dnia 30 kwietnia 2020 r., *Société Générale* (C-565/18, EU:C:2020:318, pkt 24, 25).

<sup>32</sup> Zobacz opinia rzecznika generalnego N. Wahla w sprawie *Austria/Niemcy* (C-591/17, EU:C:2019:99, pkt 42). Zobacz także podobnie art. 2 ust. 1 dyrektywy 2006/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 lipca 2006 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy (Dz.U. 2006, L 204, s. 23).

<sup>33</sup> Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 14 lutego 1995 r., *Schumacker* (C-279/93, EU:C:1995:31, pkt 26–29); z dnia 20 stycznia 2011 r., *Komisja/Grecja* (C-155/09, EU:C:2011:22, pkt 46); z dnia 19 listopada 2015 r., *Hirvonen* (C-632/13, EU:C:2015:765, pkt 28); z dnia 18 czerwca 2020 r., *Komisja/Węgry (Przejrzystość stowarzyszeń)* (C-78/18, EU:C:2020:476, pkt 62). Podejście to wydaje się zgodne z orzecnictwem, zgodnie z którym swobody przepływu stanowią odmianę zasady zakazu wszelkiej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, przewidzianą w art. 12 WE (obecnie art. 18 TFUE); tak więc, gdy swobody te mają zastosowanie, nie zachodzi potrzeba stosowania tego przepisu samodzielnie. Zobacz w szczególności wyrok z dnia 21 stycznia 2010 r., *SGI* (C-311/08, EU:C:2010:26, pkt 31).

55. Należy jednak zwrócić uwagę, że Trybunał przez niemal dziesięć lat odwoływał się bardzo często (choć nie zawsze)<sup>34</sup> do ogólnej definicji pojęcia dyskryminacji – przedstawionej w pkt 53 niniejszej opinii – która nasuwa szereg ewentualnych pytań.

56. Po pierwsze, trudno nie wskazać, że to ogólniejsze podejście mogłoby prowadzić do paradoksalnych rezultatów, jeżeli bowiem przepis prawa realizuje oczywisty dyskryminacyjny cel, to nie można stwierdzić żadnej dyskryminacji, ponieważ w świetle tego celu rozpatrywane sytuacje zostałyby uznane za odmienne.

57. Po drugie, podejście to nie wydaje się w pełni zgodne z podejściem także zastosowanym w niektórych z tych wyroków, a polegającym na badaniu porównywalności sytuacji na etapie uzasadnienia, natomiast według ogólnej definicji pojęcia dyskryminacji porównywalność rozpatrywanej sytuacji stanowi część składową definicji samego pojęcia dyskryminacji<sup>35</sup>.

58. Po trzecie, o ile należy oceniać porównywalność w świetle celów realizowanych przez rozpatrywane przepisy, o tyle pozostaje logiczne, aby w pierwszej kolejności rozważyć, czy realizowany cel jest dopuszczalny przed przystąpieniem do dokonania porównania. W tej sytuacji może nasuwać się pytanie, co pozostanie do zbadania na etapie uzasadnienia.

59. Ze swojej strony uważam, że niezależnie od przyjętego podejścia w odniesieniu do dyskryminacji bezpośredniej, to znaczy dyskryminacji ze względu na cel, na ogół nie zachodzi potrzeba dokonywania oceny, czy rozpatrywane sytuacje są ściśle porównywalne, ponieważ tę porównywalność można założyć.

60. Co się tyczy etapu, na którym należy dokonać porównania, można zaobserwować, że orzecznictwo w tym przedmiocie nie zawsze dokonuje bardzo wyraźnego rozróżnienia w odniesieniu do poszczególnych etapów kryterium (to znaczy, czy środki stanowią ograniczenie, a w przypadku odpowiedzi twierdzącej, czy jest ono obiektywnie uzasadnione), lecz ogólnie bada ono, czy środek jest niezgodny z traktatami<sup>36</sup>. W każdym razie, nawet jeżeli niektórzy uważają tę metodologię za niezadowalającą, to stwierdzam, że w kontekście postępowania o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym etap, na którym badana jest porównywalność, nie wywiera praktycznych skutków, oczywiście pod warunkiem, że badanie takie zostanie przeprowadzone<sup>37</sup>.

61. Wreszcie, co się tyczy celów, które należy rozważyć przy badaniu, odpowiednio, porównywalności i uzasadnienia, ewentualne wątpliwości w tym względzie mogą zostać, jak mi się wydaje, z łatwością rozwiązane. Znaczenie dla porównania ma *cel* realizowany przez *korzyść*

<sup>34</sup> Jako jeden z ostatnich przykładów zastosowania pierwszego podejścia zob. wyrok z dnia 3 marca 2020 r., Tesco-Global Áruházak (C-323/18, EU:C:2020:140, pkt 62).

<sup>35</sup> Prawdą jest, że art. 58 ust. 1 lit. a) WE [obecnie art. 65 ust. 1 lit. a) TFUE] stanowi, iż „[a]rtykuł 56 nie narusza prawa państw członkowskich do stosowania odpowiednich przepisów ich prawa podatkowego traktujących odmiennie podatników ze względu na różne miejsce zamieszkania lub inwestowania kapitału”. Jak jednakże wyjaśniłem w mojej opinii w sprawie E (Dochody wypłacane przez UCITS) (C-480/19, EU:C:2020:942), stwierdzenie „nie narusza prawa państw członkowskich” nie tyle sugeruje, że istnieje wyjątek, ile raczej, że państwa członkowskie mogą ustanawiać odmiennie zasady dla osób niebędących rezydentami w pewnych okolicznościach, w których może to być konieczne. W konsekwencji uważam, że art. 56 ust. 1 lit. a) WE w związku z ust. 3 tegoż artykułu po prostu przypomina, że kryterium miejsca zamieszkania, którego zastosowanie – pomimo iż jest ono równorzędne z przynależnością państwową – jest zgodne z prawem Unii, czyli że państwa członkowskie mogą traktować osoby odmiennie na podstawie tego kryterium, pod warunkiem że nie stanowi to środka arbitralnej dyskryminacji ani ukrytego ograniczenia, który z góry zakłada, że istnieje uzasadnienie dla zastosowanego kryterium (arbitralna dyskryminacja), a zatem w świetle tego uzasadnienia takie odmiennie traktowanie nie wydaje się niezgodne z prawem Unii (ukryta dyskryminacja). Jako przykład wyroku, w którym przystąpiono do porównania sytuacji na etapie kwalifikacji przepisu jako ograniczenia, zob. wyrok z dnia 23 stycznia 2014 r., DMC (C-164/12, EU:C:2014:20, pkt 42).

<sup>36</sup> Zobacz w szczególności wyrok z dnia 30 kwietnia 2020 r., Société Générale (C-565/18, EU:C:2020:318, pkt 26).

<sup>37</sup> Zagadnienie to może mieć jednak pewne znaczenie w kontekście skargi o uchybienie zobowiązaniom, o ile ciężar dowodu na okoliczność ograniczenia spoczywa na Komisji, natomiast uzasadnienie spoczywa na państwie członkowskim.

podatkową lub niekorzystną sytuację podatkową, których zastosowanie jest sporne, natomiast na etapie badania ewentualnych uzasadnień cele, które są brane pod uwagę, to cele konkretnie realizowane poprzez ten przepis, przy pomocy kryterium, które doprowadziło do zastosowania lub, w zależności od sytuacji, odmowy zastosowania tego przepisu w związku z rozpatrywaną sytuacją lub czynnością transgraniczną<sup>38</sup>.

62. W tym względzie uważam, iż tym, co należy mieć na uwadze w odniesieniu do badania porównywalności sytuacji – czy jest ona uważana za przesłankę określenia pojęcia ograniczenia, czy też za uzasadnienie – jest to, że kryterium porównawcze, jakie należy zastosować przy określaniu, czy różnica w traktowaniu wynikająca z tych przepisów jest takim kryterium, które obiektywnie odzwierciedla istniejącą różnicę sytuacji, zależy od celów, jakim służą dane przepisy<sup>39</sup>.

63. W tym kontekście ważne jest również, aby pamiętać, iż sama okoliczność, że podmiot prawa obcego mający formę prawną nieznaną w państwie przyjmującym spotyka się z odmową przyznania konkretnej korzyści podatkowej przewidzianej dla innych kategorii podmiotów, nie jest *sama w sobie* wystarczająca do ustalenia, że rozpatrywane przepisy stwarzają nieuzasadnione ograniczenie swobody przepływu kapitału. Taki przepis istotnie może być całkowicie zgodny z innym wyborem dokonany przez to państwo członkowskie, mianowicie wyborem opodatkowania wypłaconych zysków stosownie do statusu prawnego podmiotu dokonującego wypłaty zamiast stosownie do charakteru prowadzonej działalności<sup>40</sup>. Przykładowo, jak wyjaśniałem w mojej opinii w sprawie E (Dochody wypłacone przez UCITS) (C-480/19, EU:C:2020:942), stosowanie przez państwa członkowskie przepisów podatkowych o opodatkowaniu dywidend wobec dochodu wypłacanego przez fundusze mające osobowość prawną ma głęboki sens, nawet w sytuacji, gdy zainteresowane państwo członkowskie nie zezwala, aby jego fundusze były tworzone w tej formie.

64. Niestusne byłoby jednak wykluczenie zagrożenia dyskryminacji pośredniej nawet w sytuacji, gdyby właściwe kryterium zostało prawdopodobnie spełnione przez niektóre podmioty zagraniczne. W rzeczy samej, jeżeli zastosowane kryterium skutkuje wykluczeniem podmiotów zagranicznych tylko po części – np. tych, które wybrały określoną formę prawną – to przeciwnie, okoliczność, że tylko te podmioty zagraniczne najprawdopodobniej nie spełnią wymaganych przesłanek dla objęcia ich korzyścią podatkową, może mimo to służyć do podania w wątpliwość rzeczywistych intencji przyświecających krajowemu ustawodawcy<sup>41</sup>.

65. W takiej sytuacji jest zatem szczególnie ważne zbadanie porównywalności sytuacji tych podmiotów zagranicznych w celu dokonania oceny, czy wybór tego kryterium jest zgodny z logiką prawa krajowego, a zatem, czy okoliczność, że jedynie podmioty zagraniczne nie będą mogły spełnić kryterium, jest prostą konsekwencją wynikającą z wyboru dokonanego przez

<sup>38</sup> Zobacz podobnie wyroki: z dnia 23 stycznia 2014 r., DMC (C-164/12, EU:C:2014:20, pkt 42); z dnia 13 listopada 2019 r., College Pension Plan of British Columbia (C-641/17, EU:C:2019:960, pkt 65, 66). Cele te mogą być czasem tożsame.

<sup>39</sup> Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 10 maja 2012 r., Santander Asset Management SGIIC i in. (sprawy połączone od C-338/11 do C-347/11, EU:C:2012:286, pkt 28); z dnia 2 czerwca 2016 r., Pensioenfond Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402), pkt 49).

<sup>40</sup> Prawdą jest, iż w pkt 50 wyroku z dnia 18 czerwca 2009 r., Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377), Trybunał stwierdził, że „okoliczność, iż w [państwie członkowskim] nie istnieje typ spółek mających formę prawną taką samą jak [rozpatrywanego prawa krajowego], nie może sama w sobie uzasadnić odmiennego traktowania, jako że pozbawiałoby to swobodę przedsiębiorczości wszelkiej skuteczności (effet utile) wobec faktu, iż prawo spółek państw członkowskich nie jest całkiem zharmonizowane na poziomie [Unii]”. Tym niemniej Trybunał nie wywiódł istnienia ograniczenia z samej okoliczności, iż taka forma prawna nie istnieje w ustawodawstwie krajowym, lecz jedynie, że taka okoliczność nie stanowi *sama w sobie uzasadnienia*. Dla potrzeb ustalenia istnienia ograniczenia istotne jest to, iż w świetle celów realizowanych przez rozpatrywany przepis i stosowane zasady podatkowe taka forma spółki powinna być traktowana identycznie jak inna forma spółki prawa krajowego.

<sup>41</sup> Zobacz podobnie wyroki: z dnia 9 października 2014 r., van Caster (C-326/12, EU:C:2014:2269, pkt 36, 37); z dnia 8 czerwca 2017 r., Van der Weegen i in. (C-580/15, EU:C:2017:429, pkt 29).

państwo członkowskie, aby ta szczególna forma prawna nie została przewidziana, albo przeciwnie, czy stanowi to pośredni środek bardziej przychylnego traktowania przedsiębiorstw krajowych.

66. Należy wreszcie przypomnieć, że różnica w traktowaniu może być zgodna z prawem Unii, jeżeli w przypadku dyskryminacji bezpośredniej jest ona uzasadniona względem przewidzianym wprost w traktatach<sup>42</sup>, a w przypadku dyskryminacji pośredniej, gdy jest ona uzasadniona nadrzędnymi względami interesu ogólnego, zaś w obu przypadkach - tylko jeśli przepis prawa krajowego jest odpowiedni dla zagwarantowania realizacji zamierzonego przez niego celu i nie wykracza poza to, co jest niezbędne do jego osiągnięcia<sup>43</sup>.

67. To w świetle powyższego proponuję udzielić odpowiedzi na pytanie prejudycjalne przedłożone przez sąd odsyłający.

## **2. W przedmiocie zastosowania**

68. Na wstępie należy zwrócić uwagę, że art. 35 ust. 10 ter rozporządzenia z mocą ustawy nr 223/2006 uzależnia możliwość obniżenia stawki opłat za wpis do księgi wieczystej i do rejestru gruntów od *dwóch szczególnych przesłanek*, mianowicie, po pierwsze, że wnioskodawca musi być zamkniętym funduszem nieruchomości, oraz po drugie, że musi on podlegać przepisom art. 37 dekretu ustawodawczego nr 58/1998.

69. Mimo iż pytanie przedłożone przez sąd odsyłający w niniejszej sprawie dotyczy tylko pierwszej przesłanki, to pozwolę sobie na przedstawienie szeregu uwag na temat drugiej przesłanki. Wprawdzie, jak zauważyłem, wykładnia przepisów krajowych ostatecznie należy zawsze do sądu odsyłającego, jednakże ponieważ przesłanki te są odrębne, stwierdzam, że każda z nich może być przedstawiona jako uzasadnienie odmowy zastosowania wobec dwóch rozpatrywanych funduszy nieruchomości obniżenia stawek opłat o 50%.

### **a) W przedmiocie drugiej przesłanki określonej w art. 35 ust. 10 ter rozporządzenia z mocą ustawy nr 223/2006**

70. Skarżący podnosi, że *druga przesłanka* stanowi dyskryminację bezpośrednią w zakresie, w jakim art. 37 dekretu ustawodawczego nr 58/1998 ma zastosowanie *wyłącznie wobec funduszy prawa włoskiego*.

71. O ile z informacji przekazanych przez sąd odsyłający nie wynika w sposób oczywisty, jaki był zakres stosowania art. 37 dekretu ustawodawczego nr 58/1998<sup>44</sup> w dacie okoliczności faktycznych, o tyle należy podkreślić, iż jeżeli okazałoby się, że przepis ten ma wyłącznie zastosowanie albo wobec funduszy założonych na gruncie prawa włoskiego (dla tych utworzonych zgodnie z ustawą), albo tych, których umowa podlega prawu włoskiemu (tych w formie umownej), albo

<sup>42</sup> Co się tyczy przepisów podatkowych, zob. opinia rzecznika generalnego A. Tizzana w sprawie SEVIC Systems (C-411/03, EU:C:2005:437, pkt 55), natomiast co się tyczy bardziej ogólnego zakresu, zob. wyrok z dnia 7 maja 1997 r., Pistre i in. (sprawy połączone od C-321/94 do C-324/94, EU:C:1997:229, pkt 52).

<sup>43</sup> Zobacz w szczególności wyrok z dnia 26 lutego 2019 r., X (spółki pośrednie z siedzibą w państwach trzecich) (C-135/17, EU:C:2019:136, pkt 70).

<sup>44</sup> Jak wyjaśniono, w czasie zaistnienia okoliczności faktycznych dyrektywa AFI nie została jeszcze przyjęta. Ponadto fundusze nieruchomości nie wchodziły w zakres stosowania dyrektywy Rady 85/611/EWG z dnia 20 grudnia 1985 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do przedsiębiorstw zbiorowego inwestowania w zbywalne papiery wartościowe (UCITS), która ustanowiła zasadę kontroli państwa macierzystego, nie przewiduje się bowiem inwestowania ich w zbywalne papiery wartościowe ani w inne płynne aktywa finansowe, co stanowi art. 1 dyrektywy 85/611.



tych, których przedsiębiorstwo zarządzające ma siedzibę we Włoszech (zwanymi dalej „funduszami podlegającymi prawu włoskiemu”), to druga przesłanka *stanowiłaby* dyskryminację bezpośrednią. Istotnie, w tych okolicznościach odesłanie zawarte w art. 35 ust. 10 ter rozporządzenia z mocą ustawy nr 223/2006 do art. 37 dekretu ustawodawczego nr 58/1998 byłoby zupełnie takie jak ustanowienie kryterium „przynależności państwowej” funduszu dla potrzeb stosowania art. 35 ust. 10 ter tegoż rozporządzenia z mocą ustawy<sup>45</sup>.

72. Jak już wyjaśniłem, dyskryminacja bezpośrednia może być uzasadniona wyłącznie jednym ze względów przewidzianych wprost w traktatach, które to względy zasadniczo są określone w art. 58 ust. 1 lit. b) WE [obecnie art. 65 ust. 1 lit. b) TFUE], mianowicie utrzymaniem porządku publicznego i bezpieczeństwa publicznego<sup>46</sup>, co obejmuje zwalczanie uchylania się od opodatkowania lub nadużyć oraz potrzebę zapobiegania nieuzasadnionym korzyściom podatkowym.

73. W związku z powyższym, jeżeli okazałoby się, że art. 37 dekretu ustawodawczego nr 58/1998 ma *wyłącznie* zastosowanie wobec funduszy prawa włoskiego lub zarządzanych przez przedsiębiorstwa prawa włoskiego, to trudno zrozumieć, w jaki sposób można by uznać, że kierowano się właśnie jednym z takich względów, bowiem ryzyko uchylania się od opodatkowania, zważywszy na charakter dwóch rozpatrywanych opłat, wydaje się jednakowe, niezależnie od „przynależności państwowej” rozpatrywanych funduszy. Nawet jeżeli kryterium to miałyby realizować wzgląd porządku publicznego poprzez bardziej przychylnie traktowanie „zamkniętych” funduszy nieruchomości (co zostało omówione bardziej szczegółowo poniżej) w celu uniknięcia systemowego ryzyka związanego z nieruchomościami, to ryzyko to pozostawałoby takie samo, niezależnie od „przynależności państwowej” funduszy.

***b) W przedmiocie pierwszej przesłanki określonej w art. 35 ust. 10 ter rozporządzenia z mocą ustawy nr 223/2006***

*1) W przedmiocie istnienia ograniczenia*

74. W odniesieniu do *pierwszej przesłanki* należy zauważyć, iż o ile nie jest ona bezpośrednio powiązana z przepisami prawa mającymi zastosowanie wobec funduszy, o tyle nie można stwierdzić dyskryminacji bezpośredniej.

75. Co się tyczy zagadnienia ewentualnego istnienia dyskryminacji pośredniej, zachodzi konieczność zbadania, czy zastosowane kryterium – mianowicie: czy dany fundusz nieruchomości jest „zamknięty” – stanowi kryterium, które powierzchownie wydaje się neutralne, jednak w praktyce stawia fundusze prawa obcego w niekorzystnej sytuacji podatkowej. Aby taka sytuacja miała miejsce, konieczne jest, aby to kryterium skutkowało mniej przychylnym traktowaniem funduszy prawa obcego, pomimo że z punktu widzenia celów realizowanych przez rozpatrywany przepis podatkowy znajdują się one w identycznej sytuacji jak fundusze prawa krajowego. W tym względzie, jak wyjaśniono powyżej, dyskryminację pośrednią można domniemywać, jeżeli jedynymi podmiotami, które prawdopodobnie nie spełnią zastosowanego kryterium, są podmioty prawa obcego<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> Nie stanowiłoby to dyskryminacji pośredniej, ponieważ zastosowane kryterium, choć w drodze odniesienia, bezpośrednio odnosiłoby się do kwestii, czy dana transakcja ma charakter transgraniczny.

<sup>46</sup> Zobacz art. 58 ust. 1 lit. b) WE.

<sup>47</sup> Zobacz podobnie wyrok z dnia 18 czerwca 2009 r., Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377, pkt 50).

76. W niniejszej sprawie, choć zarówno fundusze otwarte, jak i fundusze zamknięte podlegają rozpatrywanym opłatom przy nabywaniu nieruchomości, pierwsza przesłanka przewiduje, że tylko ten drugi typ funduszy może skorzystać z obniżenia opłaty o 50%. Na podstawie art. 12 bis rozporządzenia ministerialnego nr 228/1999 fundusze nieruchomości mogą być tworzone we Włoszech wyłącznie jako zamknięte. Z powyższego wynika, że tylko fundusze prawa innego państwa prawdopodobnie nie spełnią tej przesłanki. W tych konkretnych okolicznościach należy więc zakładać, że zastosowanie tego kryterium, pomimo iż jest ono powierzchownie neutralne, oznacza różnicę w traktowaniu ze szkodą dla określonych sytuacji transgranicznych.

77. Taka różnica w traktowaniu będzie jednak najprawdopodobniej stanowiła tylko dyskryminację pośrednią – a zatem ograniczenie dla potrzeb art. 56 WE (obecnie art. 63 TFUE) – jeżeli fundusze otwarte i fundusze zamknięte mogą być uważane za znajdujące się w faktycznie porównywalnych sytuacjach, zważywszy na cele realizowane przez ustawodawcę, gdy przyznał on korzyść podatkową, o którą wystąpiono z wnioskiem, mianowicie przyznanie obniżenia obowiązujących stawek opłat o 50%.

78. Jedną z trudności, która staje się natychmiast oczywista, polega na tym, że sąd odsyłający nie wyraził się nazbyt jasno w przedmiocie przyczyny, *dłaczego* prawo włoskie przyznało taką korzyść podatkową. W rzeczy samej, sąd ten w swoim wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wspominał jedynie, że „[w] ciągu ostatnich lat przepisy podatkowe dotyczące zamkniętych funduszy inwestycyjnych były przedmiotem licznych ingerencji ustawodawczych, zainspirowanych dwoma przeciwstawnymi celami: z jednej strony zachęcaniem do rozwoju szczególnego narzędzia zarządczego, z drugiej strony ograniczeniem ich wykorzystania dla nieuchwytnych celów”. Trudno jednak dociec, czy stwierdzenie to dotyczy art. 35 ust. 10 ter rozporządzenia z mocą ustawy nr 223/2006, czy też stanowi ono jedynie doprecyzowanie kontekstu niniejszej sprawy, ukierunkowane na wyjaśnienie ogólnych przyczyn leżących u podstaw poszczególnych ingerencji ustawodawcy krajowego w system podatkowy funduszy inwestycyjnych.

79. Nawet przy założeniu, że wyjaśnienie to dotyczy konkretnie art. 35 ust. 10 ter rozporządzenia z mocą ustawy nr 223/2006, służyłoby ono jedynie wyjaśnieniu, *dłaczego* fundusze otwarte są wyłączone z korzystania z tego przepisu, a nie *dłaczego* taka korzyść podatkowa została przyznana.

80. W takim kontekście jedyne rzeczowe wyjaśnienie celu realizowanego przez obniżenie stawek opłat o 50% zostało przedstawione przez UBS Real Estate. Według tego podmiotu rzeczywistym celem tego przepisu było zapobieżenie szkodzeniu funduszom, które często prowadzą transakcje kupna i odsprzedaży<sup>48</sup>, w zakresie, w jakim transakcje te zostałyby dwukrotnie opodatkowane<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> Aby ustalić, że art. 35 ust. 10 ter rozporządzenia z mocą ustawy nr 223/2006 realizuje taki cel, skarżący odwołuje się do Studium nr 2/2009/T z dnia 15 maja 2009 r. sporządzonego przez Consiglio nazionale del Notariato (krajową radę notarialną, Włochy), zatytułowanego *Il regime tributario dei fondi immobiliari* (System opodatkowania funduszy nieruchomości), jak również do dokumentu *Assonime* (stowarzyszenia włoskich spółek akcyjnych). Mimo że żaden z tych dokumentów nie stanowi urzędowego źródła prawa, to obydwa wspominają, że stosowanie podatku od nabycia nieruchomości służących do prowadzenia działalności gospodarczej uwzględnia okoliczność, że po nabyciu nieruchomości przez takie podmioty z konieczności następuje odsprzedaż tej nieruchomości: fundusze nieruchomości ustanawiane są na ściśle określony czas, w trakcie którego nabyta nieruchomość zostaje odsprzedana.

<sup>49</sup> Nie wydaje się, aby z prawnego punktu widzenia taka sytuacja miała miejsce, bowiem podatnicy w chwili nabycia i odsprzedaży nie będą tożsami. Choć nie jest oczywiste, w jaki sposób zjawisko to miałooby konkretnie oddziaływać na fundusze inwestycyjne – skoro przedmiotowe „podwójne” opodatkowanie wynika po prostu z przeprowadzenia dwóch odrębnych czynności prawnych – to nie można wykluczyć ewentualności, że taki jest właśnie cel realizowany przez ustawodawcę włoskiego.

81. Gdyby tak istotnie było – sprawdzenie tej kwestii należy do sądu krajowego – powinno się stwierdzić, że z punktu widzenia takiego celu należy uznać, iż wszelkie fundusze nieruchomości, zarówno otwarte, jak i zamknięte, znajdują się w takiej samej sytuacji, w związku z czym powinny być co do zasady traktowane w identyczny sposób.

82. Z powyższego wynika, iż jeżeli Włochy wprowadziły możliwość uzyskania obniżenia danych stawek podatkowych z takiego właśnie powodu, to ograniczenie tej korzyści wyłącznie do funduszy zamkniętych stanowiłoby dyskryminację pośrednią. Tak również byłoby w sytuacji, gdyby sąd odsyłający nie był w stanie wskazać żadnego jasnego celu tej korzyści podatkowej.

83. Skoro jednak ograniczenie tej korzyści wyłącznie do funduszy zamkniętych mogłoby służyć realizacji określonych celów leżących w interesie publicznym, to obecnie przejdziemy do tego właśnie zagadnienia.

## 2) *W przedmiocie istnienia uzasadnienia*

84. Jak już starałem się wyjaśnić, dyskryminacja pośrednia może być zgodna z traktatami, jeżeli jest ona uzasadniona nadrzędnym względem interesu publicznego.

85. W tym względzie sąd odsyłający w istocie nawiązał do dwóch celów, jakie mogą być realizowane przez pierwszą przesłankę ustanowioną w art. 35 ust. 10 ter rozporządzenia z mocą ustawy nr 223/2006. Pierwszym celem byłaby promocja i zachęcanie do tworzenia zbiorowych funduszy inwestycyjnych nieruchomości, które nie charakteryzują się zamiarami inwestycyjnymi o dużym stopniu ryzyka i niepewności, natomiast drugim celem byłoby ograniczenie ryzyka systemowego na rynkach nieruchomości (a szerzej, na rynkach bankowych) na wypadek kryzysu<sup>50</sup>. Oprócz tych dwóch celów Komisja z kolei wspomniała o zwalczaniu uchylania się od opodatkowania. Wreszcie rząd włoski wymienił kolejne uzasadnienie, mianowicie zachowanie spójności systemu włoskiego - prawo włoskie uznaje bowiem fundusze inwestycyjne zamknięte za jedyny typ funduszu uprawniony do nabywania nieruchomości<sup>51</sup>.

86. Po pierwsze, co się tyczy celu wskazanego przez Komisję, to pomimo iż art. 35 rozporządzenia z mocą ustawy nr 223/2006 zatytułowany jest „Środki w celu zwalczania unikania opodatkowania i uchylania się od opodatkowania”, w pełni podzielam zdanie Komisji, że gdyby taki właśnie cel był realizowany, to pierwsze kryterium byłoby zupełnie nieodpowiednie dla osiągnięcia takiego celu. W rzeczy samej, byłoby ono równoznaczne z postawieniem tezy, że nabycia dokonywane przez fundusze otwarte stanowią oszustwo. Ponadto, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, aby teza

<sup>50</sup> W tym względzie należy zwrócić uwagę, że art. 35 ust. 10 ter rozporządzenia z mocą ustawy nr 223/2006 ma zastosowanie niezależnie od okoliczności, czy rozpatrywany fundusz jest wypłacany we Włoszech: ma on zastosowanie do nabycia przez fundusz nieruchomości. W konsekwencji Włochy nie mogą powoływać się na potrzebę ochrony inwestorów.

<sup>51</sup> W każdym razie zgodnie z art. 267 TFUE w kompetencji Trybunału nie leży wypowiedzanie się w ramach procedury odesłania prejudycjalnego o wykładni przepisów krajowych ani orzekanie o poprawności wykładni zastosowanej przez sąd krajowy, ani a fortiori ustalanie, jakie cele realizuje dany przepis. Zobacz podobnie wyroki: z dnia 21 października 2010 r., Padawan (C-467/08, EU:C:2010:620), pkt 22); z dnia 15 września 2011 r., Gueye (sprawy połączone C-483/09 i C-1/10, EU:C:2011:583, pkt 42); z dnia 21 czerwca 2016 r., New Valmar (C-15/15, EU:C:2016:464, pkt 25, 26). Jak już wyjaśniono, skoro na zainteresowanym państwie członkowskim nie spoczywa ciężar dowodu, należy pamiętać, że gdy Trybunał wydaje wyrok w postępowaniu o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, to czyni to zawsze wyłącznie na podstawie uzasadnień przedłożonych przez sąd odsyłający, a niekiedy – choć z pewnym marginesem uznania – przez strony postępowania. W konsekwencji, jeśli okaże się, że przedstawione uzasadnienia nie są prawidłowe, to odpowiedź udzielona przez Trybunał, choć uzasadniona w świetle okoliczności przedstawionych przez sąd odsyłający, może okazać się bezskuteczna dla potrzeb sporu. Powyższe dotyczy także sytuacji, w której okazałoby się, że określone przepisy prawa krajowego, pomimo iż mają znaczenie dla sprawy, nie zostały przytoczone przez sąd krajowy, albo zostanie stwierdzone, że przytoczone przepisy w rzeczywistości nie miały zastosowania w sporze będącym przedmiotem postępowania głównego, w szczególności z uwagi na *ratione temporis*. Choć jest to godne ubolewania i stanowi źródło nieporozumień wśród obywateli Unii, takie są konsekwencje postępowania o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w sytuacji, w której – odmiennie niż w przypadku krajowego sądu najwyższego – Trybunał nie jest właściwy do dokonywania wykładni prawa krajowego, w związku z czym musi opierać się na oświadczeniach złożonych przez sąd odsyłający.

oparta na takim uzasadnieniu została przyjęta, należy wykazać istnienie bezpośredniego związku między daną korzyścią podatkową a wyrównaniem tej korzyści za pomocą określonego obciążenia podatkowego, co w niniejszej sprawie nie ma miejsca<sup>52</sup>.

87. Po drugie, co się tyczy uzasadnienia wskazanego przez rząd włoski, zauważam, że takie uzasadnienie jest niezgodne z orzecznictwem, w którym stwierdzono, że dyskryminacja pośrednia może wynikać z okoliczności, że osoby niebędące rezydentami najprawdopodobniej nie spełnią przesłanek wymaganych dla skorzystania z danego systemu opodatkowania bądź że miałyby trudności z ich spełnieniem<sup>53</sup>.

88. Co się tyczy pierwszego celu wskazanego przez sąd odsyłający, związanego z walką z inwestycjami o dużym stopniu ryzyka i niepewności co do zamiarów - a także niezależnie od okoliczności, czy taki cel stanowi uzasadniony nadrzędny wzgląd interesu publicznego w rozumieniu prawa Unii - taki wzgląd nie wydaje się uzasadniać pierwszej przesłanki stosowania art. 35 ust. 10 ter rozporządzenia z mocą ustawy nr 223/2006. Istotnie, jak zwraca uwagę UBS Real Estate, zamknięty bądź otwarty charakter funduszu dotyczy możliwości zażądania przez inwestorów, aby ich inwestycja (reprezentowana przez liczbę posiadanych przez nich jednostek uczestnictwa) została umorzona przez fundusze. Oczywiście ten charakter może wywoływać reperkusje w zakresie sposobu zarządzania funduszem, gdyż w szczególności okoliczność, że inwestorzy mogą zażądać umorzenia ich jednostek w dowolnym czasie, zobowiązuje fundusz do zachowania płynności, aby miał on możliwość spełnienia rozsądnej ilości żądań. Wydaje się, że zagadnienie to nie pozostaje w związku z poziomem ryzyka inwestycji dokonanej przez ten fundusz ani z bardziej lub mniej pewnym charakterem zamiarów w tym względzie.

89. Jeżeli poprzez ten wzgląd sąd odsyłający chciałby wskazać cel polegający na zachęcaniu do długoterminowego nabywania nieruchomości zamiast krótkoterminowego nabywania nieruchomości o charakterze spekulacyjnym – zwłaszcza że ta druga kategoria może przyczynić się do sztucznego wzrostu cen, a w konsekwencji do wzmożenia trudności z dostępem do nieruchomości – to ten wzgląd, jakkolwiek szlachetny, nie może sam w sobie ani w tych konkretnych okolicznościach uzasadniać takiej różnicy w traktowaniu funduszy otwartych i funduszy zamkniętych. To z samej istoty zamkniętego funduszu wynika, że inwestorzy nie mogą skorzystać z prawa do umorzenia w dowolnym czasie. Jednakże ta cecha funduszy zamkniętych nie zobowiązuje ich do zatrzymania nabytych przez nie nieruchomości przez dłuższy okres niż w przypadku funduszy otwartych. Skoro pierwsza przesłanka ustanowiona w art. 35 ust. 10 ter nie wydaje się zgodna z takim celem, to cel ów nie może stanowić wymaganego obiektywnego uzasadnienia.

90. Drugie uzasadnienie przedstawione przez sąd odsyłający polega w istocie na tym, że przepisy krajowe mają na celu zapobieżenie „efektowi kuli śnieżnej” na rynku nieruchomości. W tym kontekście sąd odsyłający wyjaśnia, że w przypadku funduszy otwartych następujący po spadku cen nieruchomości kryzys rynkowy mógłby skłonić wielu inwestorów do zażądania wcześniejszej spłaty części zainwestowanych środków. Zjawisko to mogłoby pochłonąć zabezpieczenia funduszy, co z kolei zmusiłoby je do sprzedaży części nieruchomości poniżej ich wartości bilansowej w celu zaspokojenia wniosków o umorzenie udziałów<sup>54</sup>. W celu uniknięcia takiego

<sup>52</sup> Zobacz w szczególności wyrok z dnia 1 grudnia 2011 r., Komisja/Belgia (C-250/08, EU:C:2011:793, pkt 71).

<sup>53</sup> Jak już jednak wcześniej wyjaśniałem, okoliczność, że podmiot może przybrać formę nieuznawaną w państwie przyjmującym, zobowiązuje zainteresowane państwo członkowskie do zastosowania nie najbardziej korzystnego obowiązującego systemu opodatkowania wobec tego podmiotu, lecz jedynie systemu wynikającego z konsekwentnego stosowania kryteriów przewidzianych w prawie krajowym.

<sup>54</sup> Różnica pomiędzy płynnością otwartych a zamkniętych funduszy inwestycyjnych jest obecnie uznawana w art. 1 rozporządzenia delegowanego nr 694/2014.

ryzyka byłoby zatem uprawnione zachęcanie do zakładania wyłącznie funduszy zamkniętych – niezależnie od tego, jakiemu prawu podlegają – poprzez zastrzeżenie na ich rzecz określonych korzyści podatkowych, takich jak przewidziana w art. 35 ust. 10 ter rozporządzenia z mocą ustawy nr 223/2006.

91. W tym względzie cel ukierunkowany na ograniczenie ryzyka o charakterze systemowym oczywiście stanowi nadrzędny wzgląd interesu publicznego do celów prawa Unii<sup>55</sup>. Istotnie, ryzyka systemowe są oczywiście przedmiotem troski, na co wskazuje okoliczność, że Unia Europejska przyjęła rozporządzenie mające na celu ograniczenie takich ryzyk związanych z rynkiem finansowym<sup>56</sup>.

92. Jednakże aby tego rodzaju dyskryminacja pośrednia była zgodna z prawem Unii, nie tylko musi ona realizować nadrzędny wzgląd interesu publicznego, lecz musi być także proporcjonalna do realizacji tego celu. Powyższe sugeruje, że przyjęty przepis (w tym przypadku mający na celu wykluczenie funduszy otwartych z dobrodziejstwa obniżenia stawek opłat o 50%) jest odpowiedni do zagwarantowania tego celu i nie może wykraczać poza to, co niezbędne dla jego osiągnięcia<sup>57</sup>.

93. Jeśli chodzi o zapobieganie narażeniu na złożone ryzyko, sądzę również, że państwom członkowskim trzeba przyznać określoną *swobodę uznania*<sup>58</sup>. W związku z powyższym kontrola proporcjonalności podjętego środka dla osiągnięcia takiego celu powinna ze strony Trybunału ograniczać się do sprawdzenia braku oczywistego błędu w tym względzie<sup>59</sup>.

94. Chociaż problem ten ma prawdopodobnie dla rynku nieruchomości mniejszą wagę niż dla innych dziedzin, takich jak nadmierne zadłużenie przedsiębiorstw lub gospodarstw domowych, tym niemniej jest on dobrze znany w kręgach finansowych, a tym samym uzasadnia on moim zdaniem zainteresowanie nim ze strony państw członkowskich, bowiem zazwyczaj każdy kryzys

<sup>55</sup> Wymaganie raczej zaistnienia danego problemu niż rozumowania w kategoriach ryzyka, aby państwo członkowskie było uprawnione do powołania się na potrzebę zwalczania tego problemu, prowadziłyby do huśtawki legislacyjnej oraz moim zdaniem odzwierciedlały pewien rodzaj krótkowzroczności sądowej: przepis jest przyjmowany jako reakcja na problem, a następnie musi zostać uchylony po stwierdzeniu jego skuteczności, co z kolei prowadzi do ponownego pojawienia się problemu, tym samym doprowadzając państwo do ponownego wprowadzenia tego przepisu itd. Jeżeli problem, na który powołuje się państwo członkowskie, jest na chwilę obecna opanowany, to może właśnie dlatego, że przyjęte przepisy ukierunkowane na zaradzenie mu są skuteczne.

<sup>56</sup> Zobacz rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1092/2010 z dnia 24 listopada 2010 r. w sprawie unijnego nadzoru makroostrożnościowego nad systemem finansowym i ustanowienia Europejskiej Rady ds. Ryzyka Systemowego (Dz.U. 2010, L 331, s. 1). Prawdą jest, że w niniejszej sprawie dane ryzyko systemowe dotyczy rynku nieruchomości. Jednakże istnienie takiego ryzyka reperkusji kryzysu na rynkach nieruchomości na stabilność systemu finansowego i gospodarki jako całości wydaje się powszechnie akceptowane. Zobacz np. motyw 1 Zalecenia Europejskiej Rady ds. Ryzyka Systemowego z dnia 31 października 2016 r. w sprawie uzupełniania luk w danych dotyczących sektora nieruchomości (ERRS/2016/14) (Dz.U. 2017, C 31, s. 1).

<sup>57</sup> Zobacz w szczególności wyrok z dnia 10 lutego 2011 r., Haribo Lakritzen Hans Riegel i Österreichische Salinen (sprawy połączone C-436/08 i C-437/08, EU:C:2011:61, pkt 122). Niektóre wyroki bądź dokumenty przytaczają trzecie kryterium, mianowicie że nie ma możliwości zastąpienia wymogu mniej restrykcyjnym środkiem, który mógłby osiągnąć *ten sam* skutek. Jednakże ten drugi środek stanowi drugi aspekt kryterium, które w odniesieniu do rozpatrywanego środka nie wykracza poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia tego celu. Zresztą gdyby istniała możliwość przyjęcia mniej restrykcyjnego środka, który mógłby osiągnąć *ten sam* skutek, to ten drugi środek w nieunikniony sposób wykraczałby poza to, co niezbędne dla osiągnięcia tego celu.

<sup>58</sup> Co się tyczy zmniejszenia ryzyka zdrowotnego, zob. analogicznie wyrok z dnia 1 marca 2018 r., CMVRO (C-297/16, EU:C:2018:141, pkt 65).

<sup>59</sup> Zobacz analogicznie wyrok z dnia 18 czerwca 2015 r., Estonia/Parlament i Rada (C-508/13, EU:C:2015:403, pkt 29).

jest skutkiem zespołu czynników. Jest tak tym bardziej, że w niniejszej sprawie dany środek dotyczy konkretnie nieruchomości komercyjnych<sup>60</sup> - rynku, na którym głównymi graczami są fundusze inwestycyjne<sup>61</sup>.

95. Proponuję rozpocząć od przyjrzenia się drugiemu kryterium, mianowicie potrzebie, aby rozpatrywany środek nie wykraczał poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia celu rozpatrywanego nadrzędnego względu interesu publicznego.

96. Jeżeli w niniejszej sprawie spojrzymy na skutki wywołane tym środkiem, to można uznać, że przesłanka ta została spełniona, bowiem zamiast po prostu zakazać nabywania nieruchomości położonych na terytorium Włoch przez fundusze otwarte, Włochy wykluczyły fundusze otwarte z korzyści podatkowej.

97. Co się natomiast tyczy pierwszego kryterium, czyli że rozpatrywany przepis jest odpowiednim środkiem dla zagwarantowania osiągnięcia rozpatrywanego nadrzędnego względu interesu publicznego, sprawa nie jest już taka prosta.

98. W tym względzie należy przypomnieć, że po pierwsze, kryterium to z jednej strony wymaga po prostu, aby rozpatrywany środek *mógł zmniejszyć* domniemane ryzyko<sup>62</sup>. Prawdą jest, iż powyższe sugeruje, że rozpatrywany środek będzie co najmniej skuteczny. Nie oznacza to jednak, że sam ten środek będzie w stanie wyeliminować ryzyko, co często byłoby w praktyce niemożliwe. W przeciwnym wypadku oznaczałoby to, że państwu członkowskiemu uniemożliwiono by dla osiągnięcia konkretnego celu posługiwanie się raczej zespołem środków odstrasżających niż ścisłym zakazem.

99. Po drugie, aby środek został uznany za odpowiedni dla zapewnienia realizacji nadrzędnego względu interesu publicznego, musi on rzeczywiście odzwierciedlać zamiar osiągnięcia tego celu w sposób spójny i systematyczny<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> Ogólnie przyjmuje się, że nieruchomości komercyjne mają specyficzne cechy, które sprawiają, że są one, przynajmniej częściowo, rynkiem odrębnym od nieruchomości mieszkalnych. Niemniej jednak wydaje się, że uznaje się istnienie znacznego ryzyka negatywnych skutków ubocznych oddziaływania nieruchomości komercyjnych na szeroko rozumiany sektor finansowy i gospodarkę realną. Zobacz podobnie Europejska Rada ds. Ryzyka Systemowego (ERRS), *Report on vulnerabilities in the EU commercial real estate sector*, listopad 2018, s. 51. Co więcej, według tego raportu w 2018 r. sektor nieruchomości komercyjnych we Włoszech stanowił 6% produktu krajowego brutto. Zobacz s. 11. Co prawda, nawet jeśli zgodnie z tym raportem Włochy nie znalazły się wśród państw członkowskich najbardziej narażonych na negatywne skutki uboczne w 2018 r., nie oznacza to, że takie ryzyko nie istnieje (a tym bardziej, że nie istniało w 2006 r.). W związku z tym należy uznać, że walka z tym ryzykiem może stanowić nadrzędny wzgląd interesu publicznego do celów prawa Unii.

<sup>61</sup> Według niektórych autorów fundusze inwestycyjne nieruchomości były w 2020 r. najczęściej wykorzystywanym narzędziem do inwestowania w nieruchomości komercyjne we Włoszech. Zobacz L. Croce, G. de Capitani, F. Trutalli, *Commercial real estate in Italy: Overview*, Thomson Reuters Practical law, online Q&A guide to corporate real estate law in Italy. Analiza PwC, która odnosi się do danych z Banku Włoch, wskazuje, że fundusze nieruchomości we Włoszech w 2019 r. zarządzały aktywami w nieruchomościach handlowych, biurowych lub przemysłowych o wartości wynoszącej 56 000 000 000 EUR. Analiza ta nie określa jednak ogólnej wielkości rynku. Zobacz PwC, *Real Estate Market Overview: Italy 2019*, dostępne na stronie internetowej tej globalnej sieci firm. W Irlandii udział nieruchomości komercyjnych w posiadaniu funduszy inwestycyjnych (z wyłączeniem funduszy powierniczych inwestujących w nieruchomości, towarzystw ubezpieczeniowych i funduszy emerytalnych) stanowił w 2016 r., w zależności od zastosowanego szacunku całego rynku, od 25 do 50% portfela nieruchomości komercyjnych (biurowych, handlowych i przemysłowych). Szacunki dokonane na podstawie danych liczbowych wymienionych w D. Coates, P. Daly, E. Keenan, G. Kennedy, B. McCarthy, *Who Invests in the Irish Commercial Real Estate Market? An overview of Non-Bank Institutional Ownership of Irish CRE*, Banc Ceannais na hÉireann/Central Bank of Ireland, Financial stability Notes, No 6, 2019, No 6, s. 5, 7. We Francji 14% nieruchomości komercyjnych w Paryżu i na jego przedmieściach znajduje się w posiadaniu funduszy inwestycyjnych (notowanych na giełdzie lub nie, ale z wyłączeniem inwestorów instytucjonalnych lub banków). Zobacz Association française des sociétés de placement immobilier (ASPIM) i Ernst & Young, *L'investissement immobilier, une dynamique au service des territoires: 1<sup>re</sup> étude socio-économique des fonds d'investissement immobilier non cotés*, październik 2019, s. 7.

<sup>62</sup> Zobacz podobnie wyrok z dnia 1 marca 2018 r., CMVRO (C-297/16, EU:C:2018:141, pkt 65).

<sup>63</sup> Zobacz podobnie wyrok z dnia 14 listopada 2018 r., Memoria i Dall'Antonia (C-342/17, EU:C:2018:906, pkt 52).

100. Uważam, że w niniejszej sprawie zachodzi związek pomiędzy przywołanym postrzeganym ryzykiem a otwartym bądź zamkniętym charakterem funduszy. I tak, jak już wyjaśniał sąd odsyłający, w sytuacji gdy fundusz otwarty oferuje możliwość codziennych umorzeń, a zarazem znacząca część aktywów, które fundusz inwestuje, nie może zostać zlikwidowana z dnia na dzień bez znaczącej utraty wartości, oznacza to, że brakuje korelacji pomiędzy aktywami a zobowiązaniami. Kwestia ta z kolei stwarza ryzyko, że owe fundusze będą zmuszone do sprzedaży budynków w samym środku kryzysu na rynku nieruchomości, napędzając tym samym kryzys na rynku nieruchomości komercyjnych<sup>64</sup>. Dlatego też obecnie istnieje szereg przepisów mających na celu zapewnienie pewnej płynności funduszy otwartych, mających zagwarantować, że fundusze te będą w stanie wywiązać się z obowiązku umorzenia i z innych zobowiązań<sup>65</sup>.

101. Stanowisko wobec funduszy zamkniętych jest odmienne. W funduszu zamkniętym można wносить o umorzenie jednostek uczestnictwa wyłącznie w ustalonych okresach czasu bądź w zależności od wybranej formuły, po określonej liczbie lat subskrypcji, czyli co do zasady inaczej niż w przypadku funduszy otwartych. Przewaga funduszy zamkniętych nad funduszami otwartymi polega na tym, że te pierwsze nie ponoszą ryzyka, że spotkają się z nagłą potrzebą zbywania inwestycji w celu uzyskania płynności. Poza tym, z punktu widzenia rynków kapitałowych, na ogół uważa się, że fundusze nieruchomości powinny być ustanawiane jako fundusze z ograniczoną płynnością lub jako fundusze zamknięte z uwagi na długoterminowy charakter inwestycji w nieruchomości i wymagany czas realizacji sfinalizowania sprzedaży aktywów w postaci nieruchomości<sup>66</sup>.

102. Prawdą jest, iż można zadać zasadne pytanie, czy zniechęcający skutek środka polegającego po prostu na odmowie przyznania korzyści podatkowej takiemu typowi funduszu jest wystarczający dla osiągnięcia nadrzędnego względu interesu publicznego polegającego na zmniejszeniu ryzyka systemowego na rynku nieruchomości poprzez zniechęcanie funduszy otwartych do prowadzenia działalności na tym rynku<sup>67</sup>. Jak już jednak wyjaśniałem, aby uznać, że

<sup>64</sup> Zobacz np. Europejska Rada ds. Ryzyka Systemowego, Report on Vulnerabilities in the EU Commercial Real Estate Sector, listopad 2018 r., s. 5. „[I]nstrumenty inwestycyjne, takie jak otwarte REIF-y, stoją w obliczu ryzyka umorzenia, które może prowadzić do korekt cen [rynku nieruchomości komercyjnych], jeśli fundusze będą zmuszone do szybkiej sprzedaży swoich aktywów” (ibidem, s. 79). W tym względzie należy mieć na uwadze, że inwestujący w tego typu fundusze inwestorzy zazwyczaj żądają zwrotu z powodu spadku cen na rynku nieruchomości w celu ograniczenia swoich strat.

<sup>65</sup> W październiku 2016 r. US SEC [Securities and Exchange Commission, Stany Zjednoczone] przyjęła nowe zasady mające na celu promowanie skutecznego zarządzania ryzykiem płynności przez fundusze otwarte (<https://www.sec.gov/rules/final/2016/33-10233.pdf>); w lipcu 2016 r. HK SFC [Securities and Futures Commission, Hongkong] opublikował okólnik zawierający dodatkowe wytyczne dla zarządzających aktywami, w szczególności w odniesieniu do zarządzania ryzykiem płynności (<https://apps.sfc.hk/edistributionWeb/gateway/EN/circular/doc?refNo=16EC29>); UK FCA [Financial Conduct Authority, Zjednoczone Królestwo] opublikował dodatkowe wytyczne (<https://www.fca.org.uk/publications/documents/liquidity-management-investment-firms-good-practice>); AMF [Autorité des marchés financiers, Francja] opublikowała sprawozdanie z konsultacji w sprawie testów warunków skrajnych na poziomie funduszy inwestycyjnych (sierpień 2016, <https://www.amf-france.org/en/news-publications/news-releases/amf-news-releases/autorite-des-marches-financiers-amf-launches-consultation-use-stress-tests-help-manage-risk-asset>, ostateczny raport opublikowany w lutym 2017 r.), jak również szczegółowe wskazówki nt. korzystania z nowo wprowadzonych ograniczeń dotyczących umorzeń (grudzień 2016 r., <https://www.amf-france.org/en/news-publications/news/setting-redemption-gates-mechanisms-amf-publishes-new-instruction-and-adjusts-its-existing-policy>); indyjska SEBI (rada papierów wartościowych i giełd) opublikowała okólnik (maj 2016 r.) z dziedziny zarządzania płynnością ([https://www.sebi.gov.in/sebi\\_data/attachdocs/1464693701007.pdf](https://www.sebi.gov.in/sebi_data/attachdocs/1464693701007.pdf)). Zobacz także The Board of the International Organization of Securities Commissions (Rada Międzynarodowej Organizacji Komisji Papierów Wartościowych), Open-ended Fund Liquidity and Risk Management – Good Practices and Issues for Consideration – Final report, luty 2018 r. (<https://memofin-media.s3.eu-west-3.amazonaws.com/uploads/library/pdf/Memo%20OICV%20gestion%20risque%20liquidit%3%a9.pdf>), a ostatnio, w kontekście kryzysu związanego z wirusem COVID, EŚMA, Report on Recommendation of the European Systemic Risk Board (ESRB) on liquidity risk in investment funds, 12 listopada 2020 r., w szczególności s. 54 nt. funduszy nieruchomości.

<sup>66</sup> Zobacz np. Dillon Eustace, A Guide to Irish Regulated Real Estate Funds, 2009 r., s. 4.

<sup>67</sup> Zobacz analogicznie wyrok z dnia 10 kwietnia 2014 r., Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, pkt 43).

jest on odpowiedni na gruncie zasady proporcjonalności ustanowionej w prawie Unii, wystarczy, że rozpatrywany środek najprawdopodobniej przyczyni się do osiągnięcia nadrzędnego względu interesu publicznego<sup>68</sup>.

103. W niniejszej sprawie należy zauważyć, że stosownym celem realizowanym przy pomocy pierwszego kryterium określonego w art. 35 ust. 10 ter rozporządzenia z mocą ustawy nr 223/2006 jest zmniejszenie ryzyk systemowych na rynku nieruchomości komercyjnych spowodowanych rozwojem działalności otwartych funduszy nieruchomości. Zważywszy, iż stwierdzono, że pierwsze kryterium stwarza dyskryminację pośrednią, co sugeruje, że ma ono skutek odstraszający wobec odnośnych funduszy, takie kryterium przyczynia się do osiągnięcia tego celu.

104. Jest tak tym bardziej, że – o ile państwa członkowskie muszą mieć określony margines swobody w zapobieganiu złożonym ryzykom wiążącym się z licznymi czynnikami – nie wydaje się, aby branie takiego ryzyka pod uwagę przez państwo członkowskie było nieracjonalne. Jak pokazują ostatnie doświadczenia, szereg kryzysów na poszczególnych rynkach nastąpił wskutek jednoczesnego zajścia zdarzeń, do czego najprawdopodobniej by nie doszło, gdyby każde takie zdarzenie zaszło z osobna. Zdarzenia z lat 2007–2011 wykazały, że ryzyko wstrząsów systemowych jest w takiej sytuacji jak najbardziej realne.

105. Podobnie można w tym kontekście zadać pytanie, czy taki środek jest spójny z innymi środkami przyjętymi w celu osiągnięcia tych samych skutków w odniesieniu do funduszy otwartych na gruncie prawa włoskiego, zważywszy, iż funduszom tym nie wolno inwestować na rynku nieruchomości. Należy jednak pamiętać, że prawo Unii nie ma zastosowania wobec odwrotnej dyskryminacji<sup>69</sup>. W konsekwencji okoliczność, że w odniesieniu do funduszy na gruncie prawa krajowego został przyjęty bardziej drastyczny środek, nie może podważać spójności, z jaką należałoby uznać, iż dany cel jest realizowany.

106. Ten środek fiskalny zdaje się w każdym razie stanowić część pakietu legislacyjnego opracowanego dla potrzeb osiągnięcia deklarowanego celu, czyli wspierania inwestycji na włoskim rynku nieruchomości komercyjnych dokonywanych przez zamknięte, a nie otwarte fundusze, aby zmniejszyć ryzyko systemowe, które powstałoby wskutek posiadania zbyt wielu budynków przez takie fundusze<sup>70</sup>. W konsekwencji ocena, czy omawiany środek jest wystarczający, wymagałaby całościowego zbadania wszystkich takich środków, które nie zostały jednak wyszczególnione przez sąd krajowy.

107. Prawdą jest, że inne środki, w szczególności o charakterze behawioralnym, takie jak zakaz nabywania nieruchomości we Włoszech dla celów spekulacyjnych, prawdopodobnie byłyby bardziej skuteczne dla realizacji tego celu. Jednakże środki takie jeszcze bardziej oddziaływałyby na swobodę przepływu kapitału i na swobodę przedsiębiorczości. A fortiori, ten sam problem powstałby, gdyby przyjęto środki strukturalne, takie jak aktualnie przewidziane w dyrektywie AFI, wobec wszelkich funduszy chcących nabywać nieruchomości komercyjne we Włoszech. I tak, należy pamiętać, że prawo do swobody przedsiębiorczości obejmuje prawo każdego

<sup>68</sup> Jeżeli przy zastosowaniu pierwszej przesłanki dotyczącej kryterium proporcjonalności przyznano by nadmierną wagę skuteczności rozpatrywanego środka, to przesłanka ta może stać się sprzeczna z drugą przesłanką, mówiącą o tym, że rozpatrywany środek nie powinien wykraczać poza to, co niezbędne.

<sup>69</sup> Zobacz wyrok z dnia 16 czerwca 1994 r., Steen (C-132/93, EU:C:1994:254, pkt 9–11).

<sup>70</sup> Zobacz pkt 76 niniejszej opinii. Jak wyjaśniałem w swojej opinii w sprawie *Autoridade Tributária e Aduaneira* (podatek od wzrostu wartości nieruchomości) (C-388/19, EU:C:2020:940), Trybunał nie powinien analizować przepisów podatkowych odrębnie, lecz powinien dążyć do uzyskania pełnego obrazu przepisów podatkowych mających zastosowanie do rozpatrywanej sytuacji, nawet jeżeli dokonanie tej oceny napotyka większe trudności.



przedsiębiorstwa do swobodnego zbywania – w granicach odpowiedzialności ponoszonej za własne działania – będących w jego dyspozycji zasobów gospodarczych, technicznych i finansowych.

108. UBS Real Estate jednakże podnosi, że pierwsza przesłanka nie byłaby odpowiednia dla zapewnienia osiągnięcia celu ograniczenia systemowego ryzyka wskazanego przez sąd odsyłający, ponieważ pomiędzy tymi zamkniętymi a otwartymi funduszami inwestycyjnymi nie byłoby różnicy. Oba mają takie same cechy i podlegają takim samym zasadom zarządzania i inwestowania.

109. Czy jest tak w istocie? W tym miejscu można zauważyć, że podobieństwa przedstawione przez UBS Real Estate w zakresie zasad zarządzania i inwestowania dotyczą zasad, które mają zastosowanie z uwagi na klasyfikację rozpatrywanych podmiotów jako funduszy inwestycyjnych. Co się tyczy zagadnienia wskazanego przez sąd odsyłający, UBS Real Estate potwierdza, że istnieje różnica pomiędzy funduszem otwartym a funduszem zamkniętym, bowiem pierwszy typ funduszy z definicji cechuje się brakiem korelacji pomiędzy aktywami a zobowiązaniami.

110. UBS Real Estate odpowiada, że otwarte fundusze nieruchomości – pod warunkiem posiadania większej płynności od funduszy zamkniętych – stanowiłyby znacznie mniej ryzykowną inwestycję. Nie mogą jednak zgodzić się z tym argumentem. Ryzyka, o których UBS Real Estate wspomina w tym miejscu, dotyczą indywidualnych inwestorów. Nie są to jednak ryzyka wskazane przez sąd odsyłający, o ogólnosystemowym charakterze, w zakresie, w jakim problem braku korelacji pomiędzy aktywami a zobowiązaniami może zintensyfikować ewentualny spadek cen na rynku nieruchomości komercyjnych<sup>71</sup>, co z kolei w pewnych okolicznościach, jak wykazały ostatnie doświadczenia, może w ostateczności zagrozić rynkom bankowym i finansowym.

111. Wreszcie, UBS Real Estate podnosi, że otwarte fundusze prawa niemieckiego w rzeczywistości są porównywalne do zamkniętych funduszy prawa włoskiego. Z jednej strony przepisy prawa niemieckiego wymagają zabezpieczenia płynności, które nie może być niższe od określonej kwoty. To zabezpieczenie płynności obniża ryzyko płynności związane z inwestycją. W przypadku obu rozpatrywanych funduszy ich regulaminy funkcjonowania przewidują tym samym konieczność zachowania płynności na poziomie co najmniej 5% wartości tych funduszy. Z drugiej strony przepisy te zezwalają funduszom otwartym na wprowadzenie postanowień umożliwiających opóźnienie ewentualnej sprzedaży nieruchomości należących do funduszu w celu dokonania zwrotu na rzecz uczestników, co wyeliminowałoby ryzyko przewidywane przez sąd odsyłający. Tak właśnie przewidują regulaminy funkcjonowania rozpatrywanych funduszy<sup>72</sup>. Natomiast przepisy prawa włoskiego zezwalają włoskim funduszom zamkniętym na zapewnienie wcześniejszego umorzenia jednostek.

<sup>71</sup> To samo dotyczy argumentów UBS Real Estate odnoszących się do zalecanego czasu zapadalności inwestycji dla inwestorów w fundusze.

<sup>72</sup> Artykuł 12 regulaminu ogólnego funduszu tych dwóch funduszy w wersji przekazanej Trybunałowi stanowi, że „[p]rzedsiębiorstwo (zarządzające) zastrzega sobie prawo do tymczasowej odmowy umorzenia z przyczyn związanych z płynnością w celu ochrony inwestorów. Jeżeli depozyty bankowe i wpływy ze sprzedaży posiadanego instrumentu rynku pieniężnego, jednostek inwestycyjnych i papierów wartościowych nie będą wystarczające dla umożliwienia zapłaty ceny umorzenia i zagwarantowania uporządkowanej obsługi zarządzania działalnością albo nie będą natychmiastowo dostępne, przedsiębiorstwo będzie uprawnione do odmowy umorzenia przez okres sześciu miesięcy. Jeżeli po upływie wyżej wskazanego okresu środki na pokrycie umorzenia będą w dalszym ciągu niewystarczające, wówczas należy sprzedać nieruchomości należące do funduszu inwestycyjnego. Przedsiębiorstwo może odmówić umorzenia do czasu sfinalizowania sprzedaży na rozsądnych warunkach, jednakże nie dłużej niż przez dwa lata po złożeniu wniosku o umorzenie. Ogłoszenie skierowane do inwestorów [opublikowane w wersji elektronicznej Bundesanzeiger (gazety federalnej)] oraz w gazecie finansowej lub dzienniku o dostatecznie szerokim nakładzie albo w elektronicznych mediach informacyjnych wskazanych w prospekcie sprzedaży] umożliwia przedłużenie wyżej wymienionego okresu o kolejny rok”.

112. W tym względzie zgadzam się, że postanowienia wskazane przez UBS Real Estate mogą być w stanie zmniejszyć ryzyko wskazane przez sąd odsyłający w zakresie, w jakim umożliwiają one UBS Real Estate odroczenie spłaty inwestycji przez okres do trzech lat. Ponadto prospekty i regulaminy funduszy przewidują, że co do zasady inwestorzy mogą zażądać zwrotu oraz że zwrot ten może ulec zawieszeniu wyłącznie w przypadku zaistnienia wyjątkowych okoliczności, jednakże należy zauważyć, że postanowienia te przewidują względnie długi okres zawieszenia żądań oraz że wyjątkowe okoliczności mogące uzasadniać zastosowanie tych postanowień obejmują wystąpienie kryzysu na rynku nieruchomości. Sprawdzenie powyższego należy jednak do sądu krajowego.

113. Należy jednak zwrócić uwagę, że trzyletni okres zawieszenia złożonego wniosku o umorzenie inwestycji pozostaje krótszy od okresu, pod koniec którego inwestorzy funduszu zamkniętego mogą złożyć wniosek o umorzenie, który to okres zazwyczaj wynosi od 5 do 20 lat, a jego przeciętna długość to 10–12 lat. Skoro jednak kryzys na rynku nieruchomości może trwać przez okres przekraczający trzy lata<sup>73</sup>, z powyższego wynika, że chociaż postanowienia takie jak wskazane w prospekcie i regulaminie UBS Real Estate mogą być w stanie zmniejszyć ryzyko przewidywane przez sąd odsyłający, to nie są one w stanie go zupełnie wyeliminować. Moim zdaniem ocena, czy przez wzgląd na treść rozpatrywanych postanowień pozostające ryzyko jest wystarczające dla uzasadnienia podejmowania przez państwa członkowskie środków mających na celu zareagowanie na nie, nie należy do Trybunału. Ostateczna ocena w tym zakresie należy do sądów krajowych.

114. Jeżeli postanowienia te byłyby w stanie w pełni zaradzić ryzyku, to powstaje pytanie, czy kryterium należy uznać za nieodpowiednie (lub za wykraczające poza to, co niezbędne) na tej podstawie, że nie wiąże się ono z dogłębnym zbadaniem regulaminu funkcjonowania funduszy<sup>74</sup>, lecz zależy wyłącznie od kwalifikacji przypisanej im przepisami prawa regulującymi ich funkcjonowanie<sup>75</sup>.

115. Prawdą jest, że w sprawach dotyczących swobodnego przepływu Trybunał bardzo ostrożnie stosował takie podejście, wymagając zastosowania możliwie najbardziej precyzyjnych kryteriów<sup>76</sup>.

116. Uważam jednak, iż w wypadku gdyby sąd odsyłający miał stwierdzić, że uzasadnieniem bardziej przychylnego traktowania funduszy zamkniętych pod względem podatkowym jest ochrona przed potencjalnymi ryzykami systemowymi na rynkach nieruchomości komercyjnych, a w drodze rozszerzenia - przed potencjalnymi ryzykami systemowymi na rynkach finansowych, to zastosowanie takiego kryterium nie wydaje się w sposób oczywisty nieodpowiednie<sup>77</sup>. Zważywszy na uznanie, z którego korzystają w tej dziedzinie państwa członkowskie, wszelkie

<sup>73</sup> Na przykład tzw. kryzys subprime oddziaływał na amerykański rynek mieszkaniowy od co najmniej 2007 r. do 2012 r. Podobny kryzys dotknął hiszpański i irlandzki rynek nieruchomości w latach 2008–2014.

<sup>74</sup> W tym względzie muszę przypomnieć, że powstałe pytanie dotyczy zgodności pierwszej przesłanki skorzystania z obniżenia stawek podatkowych określonej w art. 35 ust. 10 ter rozporządzenia z mocą ustawy nr 223/2006, a nie praktyki stosowanej przez włoskie organy podatkowe. W konsekwencji argument przedstawiony przez UBS Real Estate należy rozumieć jako krytykę odwoływania się do przesłanki wywiedzionej z otwartego bądź zamkniętego charakteru funduszu, o ile odwołanie się do kryterium opartego na dogłębnej analizie norm regulujących funkcjonowanie funduszy byłoby bardziej odpowiednie.

<sup>75</sup> W tym względzie należy podkreślić raz jeszcze, że w czasie zaistnienia okoliczności faktycznych rozpatrywanych w postępowaniu głównym fundusze nieruchomości nie wchodziły w zakres stosowania dyrektywy 85/611, w związku z czym nie korzystały one samodzielnie z zasady wzajemnego uznania ani kontroli ze strony państwa pochodzenia.

<sup>76</sup> Jednakże w dziedzinie należącej co prawda do wyłącznej właściwości Unii Trybunał uznał, że posłużenie się ogólnym kryterium (okres trwania małżeństwa przez co najmniej rok jako dowód rzeczywistego charakteru i stabilności związków między danymi osobami) nie narusza zasady proporcjonalności, nawet w sytuacji, w której możliwe byłoby dokonanie bardziej dogłębnej oceny każdej sytuacji, opartej np. na zbadaniu dowodów przedłożonych przez zainteresowane osoby. Zobacz wyrok z dnia 19 grudnia 2019 r., HK/Komisja (C-460/18 P, EU:C:2019:1119, pkt 89).

<sup>77</sup> Stanowisko wobec dyskryminacji bezpośredniej – o ile zostałyby ona ustalona – jest, jak już zdążyłem zauważyć, odmienne.

dążenia do bardziej przychylnego traktowania zamkniętych funduszy nieruchomości należałoby w takich okolicznościach uważać za proporcjonalne, nawet gdyby istniała możliwość czynienia dalszych rozróżnień w drodze bardziej przychylnego traktowania także szczególnych funduszy otwartych, których postanowienia i prospekty zmierzały do częściowego wykluczenia ryzyka wynikającego z braku korelacji pomiędzy aktywami a zobowiązaniami.

## V. Wnioski

117. W świetle powyższych rozważań proponuję, aby na pytanie przedłożone mu przez Corte suprema di cassazione (sąd kasacyjny, Włochy) Trybunał udzielił następującej odpowiedzi:

Artykuł 56 WE należy interpretować w ten sposób, że pozwala on na zastosowanie kryterium opartego na otwartym lub zamkniętym charakterze funduszu jako przesłanki obniżenia stawki opłat za wpis do księgi wieczystej i do rejestru gruntów, które to opłaty należy uiścić w przypadku nabycia nieruchomości, jeżeli uzasadnienie tego kryterium polega na tym, że sprzyja ono ochronie przed ryzykiem systemowym na właściwym rynku nieruchomości, pod warunkiem że nie występuje dyskryminacja bezpośrednia oparta na czynnikach takich jak ten, czy fundusze te zarządzane są we Włoszech bądź w inny sposób podlegają prawu włoskiemu.