



# Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIK GENERALNEJ  
JULIANE KOKOTT  
przedstawiona w dniu 6 maja 2021 r.<sup>1</sup>

**Sprawa C-545/19**

**Allianzgi-Fonds Aevn  
przeciwko  
Autoridade Tributária e Aduaneira**

{wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Tribunal Arbitral Tributário (Centro de Arbitragem Administrativa – CAAD) [sąd arbitrażowy ds. podatkowych (centrum arbitrażu administracyjnego), Portugalia]}

Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym – Podatki bezpośrednie i swobody podstawowe – Swobodny przepływ kapitału – Opodatkowanie dywidend wypłaconych przedsiębiorstwom zbiorowego inwestowania – Odmiennie traktowanie przedsiębiorstw zbiorowego inwestowania będących i niebędących rezydentami – Dyskryminacja poprzez odmienną metodę opodatkowania – Porównywalność w kontekście swobodnego przepływu kapitału – Uzasadnienie różnych systemów podatkowych – Zapewnienie minimalnego poziomu opodatkowania w państwie siedziby – Proporcjonalność odmienniej metody opodatkowania

## I. Wprowadzenie

1. Czy swobodny przepływ kapitału wymaga, aby państwo członkowskie opodatkowywało przedsiębiorstwa inwestycyjne będące i niebędące rezydentami według tego samego systemu podatkowego? Na powyższe pytanie Trybunał musi odpowiedzieć w niniejszej sprawie. Portugalia, korzystając ze swojej autonomii podatkowej, postanowiła utrzymać – w odniesieniu do niebędących rezydentami przedsiębiorstw inwestycyjnych – tradycyjne opodatkowanie dochodów kapitałowych podatkiem dochodowym od osób prawnych poprzez odliczenie u źródła, o ile te osoby prawne w państwie, w którym mają siedzibę, nie podlegają w ogóle lub podlegają niższemu podatkowi dochodowemu od osób prawnych.

2. Z drugiej strony będące rezydentami przedsiębiorstwa inwestycyjne są opodatkowane zgodnie z innym systemowym podejściem (Portugalia nazywa to rodzajem opodatkowania niezrealizowanych dochodów kapitałowych). Przedsiębiorstwa te są opodatkowane kwartalnie tzw. opłatą skarbową, która obejmuje całość aktywów netto (a więc również zatrzymywane dochody z dywidend) przedsiębiorstwa inwestycyjnego. W zamian za to odpowiednie dochody z dywidendy nie podlegają opodatkowaniu podatkiem dochodowym od osób prawnych (w tym w drodze poboru u źródła). Portugalski podatek dochodowy jest nakładany na inwestora dopiero z momentem wypłaty dywidendy temu inwestorowi.

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

3. Portugalia opodatkowuje zatem przedsiębiorstwa inwestycyjne będące i niebędące rezydentami co prawda w równym stopniu, ale w różny sposób. Wiąże się to z pewnością z różnicami w obciążeniach na niekorzyść jednej z tych grup. Jeżeli dywidendy nie są wypłacane przedsiębiorstwu inwestycyjnemu, obciążenie podatkowe krajowego przedsiębiorstwa inwestycyjnego jest znacznie wyższe. Jeśli dywidendy są wypłacane przedsiębiorstwu inwestycyjnemu, porównanie może wypaść inaczej. Ma to jednak zastosowanie jedynie w przypadku, gdy podatnik niebędący rezydentem nie podlega opodatkowaniu w państwie, w którym ma siedzibę, lub podlega tam opodatkowaniu według niższej stawki.

4. Ze względu na to, że podstawowe wolności w prawie podatkowym zabraniają „jedynie” dyskryminacji przypadków transgranicznych, należy tu porównać ze sobą opodatkowanie przedsiębiorstw inwestycyjnych będących i niebędących rezydentami. Pomocna byłaby w tym przypadku harmonizacja podatków dochodowych, której jednak obecnie jeszcze brakuje. W związku z tym pojawia się kolejne pytanie, czy swobodny przepływ kapitału może być tu środkiem zaradczym, czy też, przy braku porównywalności sytuacji, możliwe są różne systemy podatkowe w zależności od miejsca siedziby i od państwa członkowskiego, a zatem trzeba tolerować pewną nierówność obciążeń w prawie Unii.

## **II. Ramy prawne**

### **A. Prawo Unii**

5. Właściwe normy prawa Unii wynikają z traktatu FUE. Szczególne znaczenie ma tu swobodny przepływ kapitału zgodnie z art. 63 i 65 TFUE.

6. Artykuł 65 ust. 1 lit. a) i art. 65 ust. 3 TFUE mają następujące brzmienie:

„1. Artykuł 63 nie narusza prawa państw członkowskich do:

a) stosowania odpowiednich przepisów ich prawa podatkowego traktujących odmiennie podatników ze względu na różne miejsce zamieszkania lub inwestowania kapitału; [...]

3. Środki i procedury określone w ustępach 1 i 2 nie powinny stanowić arbitralnej dyskryminacji ani ukrytego ograniczenia w swobodnym przepływie kapitału i płatności w rozumieniu artykułu 63”.

### **B. Prawo umów międzynarodowych**

7. Artykuł 10 umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania zawartej między Republiką Portugalską a Republiką Federalną Niemiec określa, które państwo jest uprawnione do opodatkowania odbiorcy dywidendy:

„(1) Dywidendy wypłacane przez spółkę mającą siedzibę w Umawiającym się Państwie osobie mającej miejsce zamieszkania lub siedzibę w drugim Umawiającym się Państwie mogą być opodatkowane w tym drugim Państwie.

(2) Jednakże dywidendy takie mogą być opodatkowane także w Umawiającym się Państwie, w którym spółka wypłacająca dywidendy ma swoją siedzibę i zgodnie z prawem tego Państwa; ale

jeżeli osoba uprawniona do dywidend ma miejsce zamieszkania lub siedzibę w drugim Umawiającym się Państwie, to podatek tak wymierzony nie może przekroczyć 15% kwoty dywidend brutto. Właściwe organy Umawiających się Państw określają, w drodze wzajemnego porozumienia, sposób stosowania niniejszego ograniczenia. Postanowienia niniejszego ustępu nie dotyczą opodatkowania spółki w odniesieniu do zysków, z których dywidendy są wypłacane”.

### C. Prawo portugalskie

8. Zgodnie z informacjami przekazanymi przez sąd odsyłający stan prawny obowiązujący w Portugalii w latach będących przedmiotem sporu przedstawia się następująco.

9. Zasadniczo Portugalia opodatkowuje podatkiem dochodowym od osób prawnych w wysokości 25% – zgodnie z ustawą o podatku dochodowym od osób prawnych<sup>2</sup> – dywidendy wypłacane przez spółkę mającą siedzibę w Portugalii innej krajowej lub zagranicznej spółce, traktując je jako dochód z inwestycji. Ten podatek dochodowy od osób prawnych jest uiszczany państwu portugalskiemu w drodze poboru u źródła przez spółkę wypłacającą dywidendę.

10. Jednakże dywidendy wypłacane zagranicznym inwestorom będącym osobami prawnymi są co do zasady zwolnione z podatku dochodowego od osób prawnych w państwie źródła – Portugalii, zgodnie z art. 14 ust. 3 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych. Wyjątek stanowi jedynie sytuacja, w której te zagraniczne osoby prawne są opodatkowane w państwie siedziby według stawki niższej niż 60% obowiązującej w Portugalii stawki podatku dochodowego od osób prawnych.

11. Dekret z mocą ustawy nr 7/2015 z dnia 13 stycznia 2015 r. zmienił system podatkowy dotyczący zbiorowego inwestowania. Od tego czasu art. 22 ustawy o korzyściach podatkowych<sup>3</sup> przewiduje zwolnienie dochodów kapitałowych z podatku dochodowego od osób prawnych w przypadku niektórych przedsiębiorstw zbiorowego inwestowania w papiery wartościowe (zwanych dalej „UCITS”). Przepis ten ma następujące brzmienie:

„(1) Fundusze inwestujące w zbywalne papiery wartościowe, fundusze inwestujące w nieruchomości, spółki inwestujące w zbywalne papiery wartościowe oraz spółki inwestujące w nieruchomości, które zostały utworzone i działają zgodnie z prawem krajowym, podlegają opodatkowaniu podatkiem dochodowym od osób prawnych na zasadach określonych w niniejszym artykule [...].

(3) W celu ustalenia dochodów podlegających opodatkowaniu nie uwzględnia się dochodów, o których mowa w art. 5 [tj. dochodów kapitałowych], art. 8 [tj. dochodów z najmu i dzierżawy] i art. 10 [tj. dochodów z zysków kapitałowych] ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych<sup>4</sup> [...].

(8) W ramach niniejszego systemu stosuje się odpowiednio specjalne stawki podatku przewidziane w art. 88 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych [...].”

<sup>2</sup> Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (ustawa o podatku dochodowym od osób prawnych).

<sup>3</sup> Estatuto dos Benefícios Fiscais (w wersji zmienionej przez Decreto-Lei 7/2015 z dnia 13 stycznia 2015 r. ze skutkiem od dnia 1 lipca 2015 r.).

<sup>4</sup> Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (ustawa o podatku dochodowym od osób fizycznych).

12. Artykuł 22 ust. 10 ustawy o korzyściach podatkowych dodaje do zwolnienia dochodów kapitałowych z podatku dochodowego od osób prawnych zwolnienie z obowiązku poboru podatku u źródła przez spółkę wypłacającą dywidendę. Ma on następujące brzmienie:

„Pobór u źródła podatku dochodowego od osób prawnych nie jest wymagany w odniesieniu do dochodów podatników wskazanych w ust. 1”.

13. Jednakże, w przeciwieństwie do art. 22 ust. 3 ustawy o korzyściach podatkowych, dochód UCITS ustanowionego i działającego zgodnie z prawem portugalskim nie jest, zgodnie z art. 88 ust. 11 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, traktowany jako zwolniony z podatku w pierwszym roku po nabyciu udziałów. Przepis ten stanowi bowiem:

„Dochody wypłacane przez podmioty opodatkowane podatkiem dochodowym od osób prawnych podatnikom, którzy są zwolnieni z podatku całkowicie lub częściowo, włączywszy w to w tym przypadku dochody kapitałowe, jeżeli udziały, w związku z którymi otrzymano takie dochody, nie pozostawały w posiadaniu tego samego podatnika w sposób nieprzerwany przez okres jednego roku poprzedzającego datę ich wydania do dyspozycji i nie zostały zachowane przez czas konieczny do zakończenia tego okresu, są opodatkowane według specjalnej stawki wynoszącej 23%”.

14. Dekret z mocą ustawy nr 7/2015 z dnia 13 stycznia 2015 r. spowodował również zmiany w Código do Imposto do Selo (ustawie o opłacie skarbowej) oraz w załączonej do niej tabeli opłat skarbowych, która zawiera przepisy dotyczące podstawy opodatkowania. Po dodaniu części 29 załącznika ogólnego do opłaty skarbowej opodatkowanie całości aktywów netto przedsiębiorstw zbiorowego inwestowania objętych zakresem art. 22 ustawy o korzyściach podatkowych odbywa się według stawek przewidzianych w tym załączniku.

15. UCITS utworzone i działające zgodnie z prawem portugalskim podlega zatem – od czasu wprowadzenia art. 22 ustawy o korzyściach podatkowych – rozszerzonemu podatkowi od czynności prawnych (zwanemu dalej „opłatą skarbową”). Jest to podatek pobierany kwartalnie w wysokości 0,0125% całkowitej wartości księgowej netto UCITS. Otrzymane dywidendy, które nie zostały jeszcze wypłacone inwestorom UCITS, są przy tym włączane do podstawy opodatkowania.

### III. Spór w postępowaniu głównym

16. Allianzgi-Fonds Aevn (zwana dalej „skarżącą”) jest przedsiębiorstwem zbiorowego inwestowania (UCITS) z siedzibą w Niemczech i uzyskuje dochody kapitałowe w formie dywidend wypłacanych przez przedsiębiorstwa mające siedzibę w Portugalii. UCITS jest funduszem inwestycyjnym, którego ramy prawne określa dyrektywa 2009/65/WE<sup>5</sup>. Celem takiego UCITS jest ułatwienie inwestorom detalicznym funkcjonowania na rynku papierów wartościowych.

<sup>5</sup> Pierwotnie dyrektywa 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, zastąpiona dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/65/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do przedsiębiorstw zbiorowego inwestowania w zbywalne papiery wartościowe (UCITS).

17. Wypłaty dywidend na rzecz UCITS utworzonego zgodnie z prawem portugalskim są zasadniczo traktowane przez Portugalię jako zwolnione z podatku dochodowego od osób prawnych. W związku z tym dla inwestora prywatnego nie ma żadnej różnicy, czy nabywa akcje bezpośrednio, czy też inwestuje pośrednio w inną spółkę poprzez UCITS. W tym względzie Portugalia nie opodatkowuje na poziomie UCITS będącego rezydentem wypłat dywidend dokonywanych przez spółki na rzecz takiego UCITS, które to wypłaty UCITS przekazuje dalej swoim inwestorom. Zamiast tego UCITS zarejestrowane na mocy prawa portugalskiego podlega opłacie skarbowej, która co kwartał obejmuje i obciąża podatkiem – obok pozostałej całkowitej wartości księgowej netto – także dochód z zatrzymywanych dywidend.

18. Jednakże zwolnienie z podatku dochodowego od osób prawnych dochodów kapitałowych UCITS nie ma zastosowania do skarżącej, ponieważ nie została ona utworzona i nie działa na podstawie prawa portugalskiego. Byłoby to możliwe jedynie w przypadku, gdyby posiadała ona swoją siedzibę lub swój zakład w Portugalii i spełniała pewne dalsze wymogi prawa portugalskiego. W związku z tym skarżąca podlega ogólnym zasadom ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych. W związku z powyższym wypłaty dywidendy od spółek portugalskich na rzecz skarżącej w latach 2015 i 2016 podlegały opodatkowaniu portugalskim podatkiem dochodowym od osób prawnych według stawki 25%, który spółki wypłacające dywidendę pobrały u źródła i uiściły na rzecz portugalskiego fiskusa.

19. Jednakże zgodnie z umową o unikaniu podwójnego opodatkowania zawartą między Portugalią a Niemcami Portugalia może opodatkować dochód z inwestycji UCITS będącego rezydentem w Niemczech jedynie według maksymalnej stawki 15%. W związku z tym Portugalia na wniosek skarżącej zwróciła część podatku pobranego za rok 2015. Skarżąca nie złożyła stosownego wniosku za rok 2016.

20. Zwolnienie z podatku dochodowego od osób prawnych przewidziane w prawie portugalskim w odniesieniu do dywidend wypłacanych osobom prawnym mającym siedzibę za granicą zgodnie z art. 14 ust. 3 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych nie ma zastosowania ze względu na sposób opodatkowania UCITS w Niemczech. Zdaniem sądu odsyłającego UCITS mające siedzibę w Niemczech są w tym państwie zwolnione z podatku dochodowego od osób prawnych.

21. W przeciwieństwie do Portugalii Niemcy w latach, których dotyczy spór uważają UCITS za podmiot „transparentny podatkowo”, tzn. opodatkowane jest nie UCITS, lecz bezpośrednio inwestor. Opodatkowanie to dotyczy jednak nie tylko kwoty dochodu wypłacanego inwestorom, ale też kwoty dochodu UCITS przypisanego im proporcjonalnie (tzw. transparentność podatkowa). W rezultacie ma to również na celu zapewnienie równego traktowania w porównaniu z inwestycją bezpośrednią.

22. Ze względu na to, że UCITS nie płaci żadnego podatku dochodowego od osób prawnych w Niemczech, portugalski podatek dochodowy od osób prawnych nie może zostać zaliczony na poziomie UCITS. Zamiast tego proporcjonalne zaliczenie podatku portugalskiego może zostać dokonane wyłączenie na poczet odpowiedniego podatku inwestorów zgodnie z § 4 ust. 2

niemieckiej ustawy o podatku od inwestycji w ówczesnym brzmieniu<sup>6</sup>. Trybunałowi nie jest jednak wiadome, czy inwestorzy skarżącej skorzystali z tej możliwości.

23. Skarżąca wniosła odwołanie od portugalskich decyzji podatkowych, na podstawie których dokonano poboru podatku dochodowego od osób prawnych u źródła za lata podatkowe 2015 i 2016, wnosząc o ich uchylenie i zwrot pobranego podatku u źródła. Wniosek ten nie został uwzględniony przez właściwy organ podatkowy. Skarżąca wniosła przeciwko temu skargę w postępowaniu arbitrażowym do Centro de Arbitragem Administrativa (sądu arbitrażowego ds. podatkowych, Portugalia).

#### **IV. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym oraz postępowanie przed Trybunałem**

24. Postanowieniem z dnia 9 lipca 2019 r. sąd odsyłający zwrócił się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

- „1) Czy art. 63 TFUE dotyczący swobodnego przepływu kapitału lub art. 56 TFUE dotyczący swobody świadczenia usług stoją na przeszkodzie systemowi podatkowemu, takiemu jak będący przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, określone w art. 22 ustawy o korzyściach podatkowych, który przewiduje pobór podatku u źródła o charakterze ostatecznym od dywidend wypłacanych przez spółki portugalskie na rzecz przedsiębiorstw zbiorowego inwestowania niebędących rezydentami Portugalii i mających siedzibę w innych państwach członkowskich Unii, przy czym jednocześnie przedsiębiorstwa zbiorowego inwestowania utworzone zgodnie z portugalskim ustawodawstwem podatkowym i będące rezydentami do celów podatkowych w Portugalii mogą skorzystać ze zwolnienia z podatku pobieranego u źródła od wspomnianych dochodów?
- 2) Czy uregulowanie krajowe będące przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, które przewiduje pobór podatku u źródła od dywidend wypłacanych przedsiębiorstwom zbiorowego inwestowania niebędącym rezydentami oraz zastrzega na rzecz przedsiębiorstw zbiorowego inwestowania będących rezydentami możliwość uzyskania zwolnienia z takiego poboru u źródła, powoduje niekorzystne traktowanie dywidend wypłacanych przedsiębiorstwom zbiorowego inwestowania niebędącym rezydentami, gdyż te ostatnie nie mają żadnej możliwości skorzystania z rzeczonożego zwolnienia?
- 3) Czy system podatkowy mający zastosowanie do posiadaczy jednostek uczestnictwa przedsiębiorstw zbiorowego inwestowania ma znaczenie dla oceny dyskryminującego charakteru prawa portugalskiego przewidującego szczególne i odmienne traktowanie pod względem podatkowym:
  - (i) przedsiębiorstw zbiorowego inwestowania (będących rezydentami) i

<sup>6</sup> Brzmi on następująco: „(2) Jeżeli dochód wypłacany z jednostek uczestnictwa, jak również dochód stanowiący odpowiednik dywidendy obejmuje dochód pochodzący z innego państwa, który podlega w tym państwie opodatkowaniu podatkiem podlegającym zaliczeniu na podatek dochodowy od osób fizycznych lub podatek dochodowy od osób prawnych zgodnie z § 34c ust. 1 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych lub zgodnie z § 26 ust. 1 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych lub zgodnie z umową o unikaniu podwójnego opodatkowania, to w przypadku podatników podlegających nieograniczonemu obowiązkowi podatkowemu zagraniczny podatek ustalony i zapłacony oraz zmniejszony z tytułu powstałego roszczenia o obniżenie jest zaliczany na tę część podatku dochodowego od osób fizycznych lub prawnych, która przypada na dochody osiągnięte za granicą i zwiększone o proporcjonalny podatek zagraniczny. [...]” – ustawa o modernizacji systemu inwestycyjnego i opodatkowaniu aktywów inwestycyjnych (ustawa o modernizacji podatków inwestycyjnych) z dnia 15 grudnia 2003 r., BGBl. 2003 I, s. 2676 i nast.

(ii) posiadaczy jednostek uczestnictwa przedsiębiorstw zbiorowego inwestowania? Czy też, biorąc pod uwagę, że na system podatkowy dotyczący przedsiębiorstw zbiorowego inwestowania będących rezydentami nie ma żadnego wpływu okoliczność, iż posiadacze ich jednostek uczestnictwa są lub nie są rezydentami w Portugalii, w ramach określenia porównywalnego charakteru sytuacji w celu oceny dyskryminacyjnego charakteru wspomnianego uregulowania należy wziąć pod uwagę jedynie opodatkowanie mające zastosowanie na poziomie przedsiębiorstwa inwestycyjnego?

- 4) Czy dopuszczalne jest odmienne traktowanie przedsiębiorstw zbiorowego inwestowania będących rezydentami i niebędących rezydentami w Portugalii, biorąc pod uwagę, że osoby fizyczne lub prawne będące rezydentami w Portugalii, które posiadają jednostki uczestnictwa w przedsiębiorstwach zbiorowego inwestowania (będących lub niebędących rezydentami), w obu przypadkach podlegają w ten sam sposób (i zasadniczo nie są z niego zwolnione) opodatkowaniu podatkiem od dochodów wypłacanych przez przedsiębiorstwa zbiorowego inwestowania, nawet jeżeli posiadacze jednostek uczestnictwa niebędący rezydentami podlegają wyższemu opodatkowaniu?
- 5) Czy w świetle okoliczności, że rozpatrywana w niniejszej sprawie dyskryminacja dotyczy różnicy w opodatkowaniu dochodów wynikających z dywidend wypłacanych przez przedsiębiorstwa zbiorowego inwestowania na rzecz posiadaczy ich jednostek uczestnictwa, zgodne z prawem jest w celu oceny porównywalnego charakteru opodatkowania dochodów uwzględnienie innych podatków, opłat lub obciążeń należnych w związku z inwestycjami dokonywanymi przez przedsiębiorstwa zbiorowego inwestowania? W szczególności, czy w celu oceny porównywalnego charakteru zgodne z prawem i dopuszczalne jest uwzględnienie wpływu podatków na aktywa i wydatki lub innych podatków, a nie wyłącznie podatku od dochodów przedsiębiorstw zbiorowego inwestowania, w tym wszelkich podatków szczególnych?”.

25. W odpowiedzi na wniosek o udzielenie informacji wystosowany przez Trybunał sąd odsyłający przedstawił dodatkowe uwagi w celu wyjaśnienia sytuacji podatkowej UCITS będących i niebędących rezydentami oraz ich inwestorów.

26. W postępowaniu przed Trybunałem skarżąca, Republika Portugalska i Komisja Europejska przedstawiły na piśmie swoje uwagi odnośnie do wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, a następnie odnośnie do pytań zadanych przez Trybunał.

## V. Ocena prawna

27. Sąd odsyłający stawia pięć pytań dotyczących zgodności portugalskiego przepisu prawa podatkowego ze swobodami podstawowymi. W rezultacie we wszystkich tych pytaniach sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy opodatkowanie UCITS utworzonego na podstawie prawa zagranicznego i mającego siedzibę w innym państwie członkowskim jest zgodne ze swobodnym przepływem kapitału i swobodą świadczenia usług, podczas gdy UCITS utworzone na podstawie prawa portugalskiego i mające siedzibę w Portugalii są zwolnione z podatku dochodowego od osób prawnych, lecz podlegają innemu podatkowi – opłacie skarbowej. Dlatego też, zgodnie ze stanowiskiem Komisji, na wszystkie pytania można odpowiedzieć łącznie.

## A. Wyjaśnienie pytania i odpowiedniej swobody podstawowej

28. Sąd zastanawia się, czy zwolnienie z podatku dochodowego od osób prawnych przewidziane w art. 22 ust. 3 ustawy o korzyściach podatkowych oraz zwolnienie z poboru podatku u źródła uregulowane w art. 22 ust. 10 w przypadku dywidend wypłacanych na rzecz UCITS utworzonych na podstawie prawa portugalskiego i mających siedzibę w Portugalii narusza swobodny przepływ kapitału (art. 63 TFUE) i swobodę świadczenia usług (art. 56 TFUE).

29. Przy bliższej analizie wypłaty dywidendy na rzecz skarżącej byłyby jednak zasadniczo również zwolnione z podatku. Wyjątek od tej zasady stanowi art. 14 ust. 3 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, w wypadku gdy i dlatego że skarżąca nie podlega podatkowi dochodowemu od osób prawnych w państwie miejsca zamieszkania. W związku z tym odmienne traktowanie wynika nie tylko ze specjalnego systemu podatkowego dla UCITS utworzonych zgodnie z prawem portugalskim i mających siedzibę w Portugalii, ale również z art. 14 ust. 3 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych. Celem tego przepisu jest ewidentnie zapewnienie minimalnego opodatkowania dochodów z dywidend uzyskiwanych przez osoby prawne mające siedzibę za granicą.

30. Należy najpierw wyjaśnić, w świetle której swobody podstawowej ma być oceniane to nierówne traktowanie. W przypadku, w którym sąd pyta, czy przepis jest zgodny z dwiema różnymi swobodami podstawowymi, należy najpierw ustalić, w odniesieniu do której z tych dwóch swobód podstawowych przepis ten ma być oceniany. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem decyduje o tym przedmiot spornych przepisów<sup>7</sup>.

31. Podczas gdy art. 22 ust. 3 ustawy o korzyściach podatkowych zwalnia UCITS będące rezydentem z podatku dochodowego od osób prawnych w stosunku do wypłacanych dywidend, art. 22 ust. 10 ustawy o korzyściach podatkowych odpowiednio zwalnia przedsiębiorstwa wypłacające dywidendy na rzecz UCITS z obowiązku pobierania i odprowadzania takiego podatku na rzecz skarbu państwa.

32. Przepisy będące przedmiotem sporu w postępowaniu głównym dotyczą zatem obciążenia podatkowego w zakresie dywidend, a nie obciążenia podatkowego w zakresie usług<sup>8</sup>. Dlatego też art. 22 ust. 3 i 10 ustawy o korzyściach podatkowych oraz art. 14 ust. 3 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych należy oceniać w kontekście swobodnego przepływu kapitału. Ze względu na to, że w grę wchodzi dywidendy z tzw. akcji rozproszonych, nie są one objęte zakresem ochrony swobody przedsiębiorczości<sup>9</sup>. W związku z tym należy zbadać jedynie ograniczenie swobodnego przepływu kapitału na podstawie art. 63 TFUE.

<sup>7</sup> Wyroki: z dnia 21 czerwca 2018 r., Fidelity Funds i in. (C-480/16, EU:C:2018:480, pkt 33); z dnia 5 lutego 2014 r., Hervis Sport- és Divatkereskedelmi (C-385/12, EU:C:2014:47, pkt 21); z dnia 13 listopada 2012 r., Test Claimants in the FII Group Litigation (C-35/11, EU:C:2012:707, pkt 90 i przytoczone tam orzecznictwo).

<sup>8</sup> Podobnie również wyroki: z dnia 21 czerwca 2018 r., Fidelity Funds i in. (C-480/16, EU:C:2018:480, pkt 35, 36); z dnia 10 kwietnia 2014 r., Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, pkt 29); z dnia 13 listopada 2012 r., Test Claimants in the FII Group Litigation (C-35/11, EU:C:2012:707, pkt 92).

<sup>9</sup> Nie są to bowiem udziały, które pozwalają skarżącej wywierać niewątpliwą wpływ na decyzje spółki i jej działalność. Zobacz w tym względzie wyroki: z dnia 13 listopada 2012 r., Test Claimants in the FII Group Litigation (C-35/11, EU:C:2012:707, pkt 90 i nast.); 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 35); z dnia 21 października 2010 r., Idryma Typou (C-81/09, EU:C:2010:622, pkt 47).



## B. Ograniczenie swobodnego przepływu kapitału

33. Z utrwalonego orzecznictwa wynika, że do zakazanych przez art. 63 ust. 1 TFUE środków zaliczają się, jako ograniczenia w przepływie kapitału, środki, które mogą zniechęcać osoby niebędące rezydentami do dokonywania inwestycji w danym państwie członkowskim lub które mogą zniechęcać osoby będące rezydentami tego państwa członkowskiego do dokonywania inwestycji w innych państwach<sup>10</sup>.

34. Należy jednak pamiętać, że podatki i opłaty są *same w sobie* obciążeniem, a zatem zawsze zmniejszają atrakcyjność inwestycji kapitałowej. Z tego powodu Trybunał już kilkakrotnie orzekał, że przepisy państw członkowskich dotyczące warunków i poziomu opodatkowania są objęte autonomią państw członkowskich w sprawach podatkowych, pod warunkiem że podmioty prowadzące działalność transgraniczną są traktowane w sposób niedyskryminacyjny w stosunku do porównywalnych podmiotów krajowych<sup>11</sup>. To zmniejszenie stopnia kontroli w prawie podatkowym – do którego niedawno wyraźnie odniósł się rzecznik generalny G. Hogan<sup>12</sup> – odpowiada, przy bliższej analizie, idei, która skłoniła Trybunał w jego tzw. orzecznictwie Keck<sup>13</sup> do powstrzymania się od ogólnego testu ograniczeń<sup>14</sup>.

35. W tym względzie ograniczenie przepływu kapitału może istnieć w prawie podatkowym tylko wtedy, gdy państwo członkowskie traktuje dywidendy wypłacane osobom prawnym niebędącym rezydentami mniej korzystnie niż dywidendy wypłacane osobom prawnym będącym rezydentami. Może to zniechęcać spółki mające siedzibę za granicą do inwestowania w tym państwie członkowskim, a tym samym stanowić ograniczenie swobodnego przepływu kapitału, które jest zasadniczo zakazane na mocy art. 63 TFUE<sup>15</sup>.

### 1. W przedmiocie istnienia takiego ograniczenia

36. Zgodnie z przepisami będącymi przedmiotem postępowania głównego jedynie dywidendy wypłacane UCITS z siedzibą za granicą podlegają portugalskiemu podatkowi dochodowemu od osób prawnych (ale tylko wtedy, gdy UCITS nie jest opodatkowane za granicą podatkiem dochodowym od osób prawnych w wysokości co najmniej 60% stawki portugalskiej). Podatek dochodowy od osób prawnych jest pobierany poprzez odliczenie u źródła. Nie dotyczy to jednak UCITS utworzonego zgodnie z prawem portugalskim i mającego siedzibę w Portugalii zgodnie z art. 22 ust. 3 i 10 ustawy o korzyściach podatkowych.

37. Prawdą jest, że państwu członkowskim przysługuje kompetencja do zorganizowania, z poszanowaniem prawa Unii, własnego systemu opodatkowania wypłacanych zysków i do określenia w jego ramach podstawy opodatkowania, jak również stawki podatkowej, które

<sup>10</sup> Wyroki: z dnia 21 czerwca 2018 r., Fidelity Funds i in. (C-480/16, EU:C:2018:480, pkt 40); z dnia 2 czerwca 2016 r., Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, pkt 27); z dnia 8 listopada 2012 r., Komisja/Finlandia (C-342/10, EU:C:2012:688, pkt 28).

<sup>11</sup> Zobacz podobnie wyroki: z dnia 26 maja 2016 r., NN (L) International (C-48/15, EU:C:2016:356, pkt 47); z dnia 14 kwietnia 2016 r., Sparkasse Allgäu (C-522/14, EU:C:2016:253, pkt. 29); postanowienie z dnia 4 czerwca 2009 r., KBC-bank (C-439/07 i C-499/07, EU:C:2009:339, pkt 80); wyrok z dnia 6 grudnia 2007 r., Columbus Container Services (C-298/05, EU:C:2007:754, pkt 51, 53).

<sup>12</sup> Opinia rzecznika generalnego G. Hogana w sprawie Autoridade Tributária e Aduaneira (Opodatkowanie zysków kapitałowych z nieruchomości) (C-388/19, EU:C:2020:940, pkt 36 i nast.).

<sup>13</sup> Wyrok z dnia 24 listopada 1993 r., Keck i Mithouard (C-267/91 i C-268/91, EU:C:1993:905, pkt 16).

<sup>14</sup> Zobacz bardziej szczegółowo moja opinia w sprawie Google Ireland (C-482/18, EU:C:2019:728, pkt 35 i nast.).

<sup>15</sup> Zobacz podobnie wyroki: z dnia 21 czerwca 2018 r., Fidelity Funds i in. (C-480/16, EU:C:2018:480, pkt 44); z dnia 2 czerwca 2016 r., Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, pkt 28); z dnia 8 listopada 2012 r., Komisja/Finlandia (C-342/10, EU:C:2012:688, pkt 33).

znajdują zastosowanie do udziałowców otrzymujących zysk<sup>16</sup>. W związku z tym państwa członkowskie, w celu zachęcania do wykorzystywania UCITS, mają swobodę w zakresie ustanowienia szczególnego systemu podatkowego mającego zastosowanie do takich przedsiębiorstw i do otrzymywanych przez nie dywidend oraz określenia materialnych i formalnych warunków, które muszą być spełnione, aby móc korzystać z takiego systemu<sup>17</sup>.

38. Niemniej jednak wykonywanie tej autonomii podatkowej państw członkowskich powinno następować w poszanowaniu wymogów wynikających z prawa Unii, w szczególności nałożonych przez postanowienia traktatu dotyczące swobodnego przepływu kapitału<sup>18</sup>. W związku z tym wprowadzenie szczególnego systemu podatkowego dla UCITS w zależności od ich siedziby nie może stanowić ograniczenia w swobodnym przepływie kapitału.

***a) W przedmiocie istnienia ograniczenia przy oddzielnym rozpatrywaniu opodatkowania UCITS podatkiem dochodowym od osób prawnych***

39. Na pierwszy rzut oka można by zatem twierdzić, zgodnie ze stanowiskiem Komisji Europejskiej i skarżącej, że wspomniane powyżej przepisy mogą zniechęcać UCITS mające siedzibę w innym państwie członkowskim do inwestowania w przedsiębiorstwa mające siedzibę w Portugalii.

40. Skarżąca nie może uzyskać zaliczenia podatku pobranego w Portugalii na poczet podatku w Niemczech, ponieważ nie jest ona opodatkowana podatkiem dochodowym od osób prawnych w Niemczech ze względu na zasadę transparentności podatkowej (zob. pkt 21 i 22 powyżej). Wprawdzie na podstawie umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania między Niemcami a Portugaliją skarżąca może uzyskać od portugalskich organów podatkowych na swój wniosek zwrot części pobranego podatku, niemniej jednak dywidendy wypłacane jej przez przedsiębiorstwa portugalskie podlegają tak czy inaczej opodatkowaniu portugalskim podatkiem dochodowym od osób prawnych w wysokości 15%. Tymczasem dywidendy wypłacane przez przedsiębiorstwa portugalskie na rzecz UCITS z siedzibą w Portugalii nie podlegają takiemu obciążeniu.

41. Zmniejsza to kwotę zwrotu z kapitału, a tym samym rentowność inwestycji skarżącej w przedsiębiorstwa portugalskie, a zatem, rozpatrywane oddzielnie, mogłoby zniechęcić skarżącą do inwestowania w Portugalii. Można by zatem uznać istnienie ograniczenia swobodnego przepływu kapitału.

42. Jednakże, jak wynika z orzecznictwa Trybunału w sprawie Pensioenfonds Metaal en Techniek<sup>19</sup>, kwestii, czy istnieje ograniczenie swobodnego przepływu kapitału, nie można rozstrzygać w oparciu jedynie o formalne zwolnienie z jednego rodzaju podatku. Należy raczej wziąć pod uwagę całość regulacji podatkowych dotyczących UCITS, tzn. należy dokonać kompleksowej (merytorycznej) analizy.

<sup>16</sup> Wyroki: z dnia 30 stycznia 2020 r., Köln-Aktienfonds Deka (C-156/17, EU:C:2020:51, pkt 42); z dnia 30 czerwca 2016 r., Riskin i Timmermans (C-176/15, EU:C:2016:488, pkt 29); z dnia 20 października 2011 r., Komisja/Niemcy (C-284/09, EU:C:2011:670, pkt 45); z dnia 20 maja 2008 r., Orange European Smallcap Fund (C-194/06, EU:C:2008:289, pkt 30).

<sup>17</sup> Wyroki: z dnia 30 stycznia 2020 r., Köln-Aktienfonds Deka (C-156/17, EU:C:2020:51, pkt 43); z dnia 24 października 2018 r., Sauvage i Lejeune (C-602/17, EU:C:2018:856, pkt 34); z dnia 9 października 2014 r., van Caster (C-326/12, EU:C:2014:2269, pkt 47).

<sup>18</sup> Wyroki: z dnia 30 stycznia 2020 r., Köln-Aktienfonds Deka (C-156/17, EU:C:2020:51, pkt 45); z dnia 30 czerwca 2011 r., Meilicke i in. (C-262/09, EU:C:2011:438, pkt 38).

<sup>19</sup> Wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r., Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, pkt 29 i nast.).

**b) W przedmiocie istnienia ograniczenia przy całościowym ujęciu opodatkowania UCITS w Portugalii**

*1) Zwolnienie z podatku a opodatkowanie według innej metody*

43. Przy bliższej analizie można stwierdzić, że w Portugalii brak jest zwolnienia podatkowego dla UCITS. Przeciwnie, UCITS podlegają jedynie dwóm różnym metodom opodatkowania w odniesieniu do wypłacanych im dywidend, w zależności od tego, czy są rezydentami w państwie członkowskim spółki wypłacającej dywidendy, czy też nie.

44. Z wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym lub z uwag dodatkowych przedstawionych przez sąd odsyłający w odpowiedzi na dalsze pytania Trybunału oraz ze stanowiska przedstawionego przez Portugalię wynika, że od 2015 r. Portugalia wybrała specjalny system opodatkowania UCITS mających siedzibę w kraju.

45. Wyłączeniu dochodów kapitałowych UCITS mających siedzibę w kraju z podatku dochodowego od osób prawnych towarzyszyło wprowadzenie specjalnej opłaty skarbowej. Jak potwierdził sąd odsyłający, szczególny system podatkowy przewidziany w art. 22 ustawy o korzyściach podatkowych dla UCITS będących rezydentami oraz opłata skarbową są ze sobą powiązane. Opłata skarbową zastąpiła poprzednie opodatkowanie wypłat dywidend podatkiem dochodowym od osób prawnych. Ma ona zastosowanie, co potwierdził sąd odsyłający, wyłącznie do UCITS mających siedzibę w Portugalii. Zgodnie ze stanowiskiem Portugalii celem było wprowadzenie opodatkowania na podstawie zasady „opodatkowania niezrealizowanych dochodów kapitałowych”.

46. Zgodnie z moim rozumieniem tej zasady dywidendy i inne aktywa otrzymane przez UCITS podlegają opodatkowaniu podatkiem dochodowym na poziomie inwestora dopiero przy ich wypłacie na rzecz tego inwestora. W międzyczasie podlegają one jednak innemu, pobieranemu kwartalnie podatkowi, opłacie skarbowej. Pod tym względem stan faktyczny jest bardzo podobny do tego, który legł u podstaw wyroku *Pensioenfondsen Metaal en Techniek*<sup>20</sup>. W tamtej sprawie krajowe fundusze emerytalne nie były opodatkowane zwykłym podatkiem dochodowym od osób prawnych, lecz szczególnym podatkiem od dochodów kapitałowych, przy którym podstawą opodatkowania również były aktywa i który był także uważany przez niektóre strony za podatek od majątku<sup>21</sup>.

47. Niezależnie od kwestii, czy ta opłata skarbową powinna być faktycznie traktowana dogmatycznie – jak podkreśla Komisja – jako rodzaj podatku od majątku, czy też jako szczególny podatek dochodowy od łącznej wartości księgowej netto, opodatkowuje ona również dywidendy, które nie są dalej wypłacane (są zatrzymywane). System podatkowy w Portugalii rozróżnia zatem, w przypadku UCITS będących rezydentami, zatrzymywane zyski kapitałowe i zyski, które są natychmiast dalej wypłacane. Ponadto podatek ten obejmuje nie tylko zatrzymywane dochody z dywidend, ale też cały portfel akcyjny UCITS. Opodatkowane są zatem wszystkie udziały, nie tylko te w portugalskich przedsiębiorstwach.

48. Nawet w odniesieniu do portugalskich dywidend, które są natychmiast dalej wypłacane inwestorom, UCITS będące rezydentem podlega opodatkowaniu opłatą skarbową od udziałów, z których wynikają te dywidendy. Jednak to, czy znacznie wyższa wartość portfela akcyjnego jest

<sup>20</sup> Wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r., *Pensioenfondsen Metaal en Techniek* (C-252/14, EU:C:2016:402, pkt 29 i nast.).

<sup>21</sup> Zobacz też opinię rzecznika generalnego M. Szpunara w sprawie *Pensioenfondsen Metaal en Techniek* (C-252/14, EU:C:2015:571, pkt 23).

opodatkowana znacznie niższym podatkiem (opłatą skarbową), czy też znacznie niższa wypłata dywidendy wynikająca z portfela akcyjnego jest opodatkowana wyższą stawką (15% od wypłaty dywidendy), jest moim zdaniem po prostu kwestią metody opodatkowania. Jeżeli bowiem posiadany dotychczas portfel akcyjny ma pozostać niezmieniony, opłata skarbowa musi być uiszczana od dochodów z dywidend (przy założeniu, że UCITS nie ma żadnych innych dochodów). W związku z tym wielokrotnie podnoszone przez skarżącą twierdzenie, że Portugalia nie opodatkowuje dywidend wypłacanych UCITS będącym rezydentami, nie jest zatem trafne. Ta odmienna metoda opodatkowania nie zmienia bowiem faktu, że portugalskie UCITS z siedzibą w Portugalii jest opodatkowane na podstawie posiadanych przez nie udziałów w przedsiębiorstwach portugalskich.

49. To również odróżnia niniejszą sprawę, jak trafnie zauważa Portugalia, od tych leżących u podstaw wyroków Trybunału w sprawach *Fidelity Funds*<sup>22</sup> oraz *Denkavit International i Denkavit France*<sup>23</sup>. W tych sprawach państwo źródła zrezygnowało z opodatkowania UCITS będących rezydentami, podczas gdy tutaj Portugalia nie rezygnuje z opodatkowania, ale stosuje inną metodę opodatkowania. Podobnie jak w wyroku *Pensioenfondsen Metaal en Techniek*<sup>24</sup>, ta inna metoda opodatkowania powinna i tutaj zostać uwzględniona przy rozważaniu, czy występuje ograniczenie.

50. Dlatego też diagramy i hipotetyczne obliczenia porównawcze przedstawione przez skarżącą są mało przekonujące. Skarżąca podniosła przy tym m.in., że obciążenia podatkowego można bez trudu uniknąć poprzez włączenie do struktury portugalskiego UCITS. Jest to tylko częściowo trafne. Takie włączenie do struktury UCITS nie musiałoby wprawdzie płać podatku dochodowego od osób prawnych od dywidendy, jednak jego cały portfel akcyjny podlegałby opodatkowaniu co kwartał, co ostatecznie zmniejszałoby również dochód inwestorów tego UCITS, ponieważ opłata skarbową jest uiszczana z dochodów UCITS. To, która opcja jest korzystniejsza, zależy od tego, jak wysoka okaże się dywidenda w stosunku do wartości portfela akcyjnego. W latach, w których portugalskie przedsiębiorstwo nie wypłaca dywidendy, „wstawienie” UCITS będącego rezydentem byłoby raczej niekorzystne z podatkowego punktu widzenia.

## 2) Znaczenie pełnego zaliczenia w państwie siedziby

51. Do tego dochodzi dalsza okoliczność, która została w niewielkim stopniu uwzględniona w pismach procesowych uczestników, a która dotyczy celu UCITS.

52. UCITS jest specjalnym wehikułem inwestycyjnym mającym na celu umożliwienie prywatnym inwestorom inwestowania pieniędzy na rynku papierów wartościowych bez większego nakładu pracy, zapewniającym im jednocześnie korzystanie ze szczególnej ochrony. Wynika to między innymi z motywu 3 dyrektywy 2009/65/WE oraz z ograniczenia UCITS do niektórych klas aktywów, szczególnych obowiązków sprawozdawczych, uproszczenia prospektów emisyjnych, zwiększonej przejrzystości kosztów i ich szczególnej kontroli przez organy nadzoru.

53. Aby prywatni inwestorzy byli skłonni do aktywności na rynku papierów wartościowych za pośrednictwem takiego UCITS, stopa zwrotu z inwestycji nie powinna być niższa niż ta z bezpośredniej inwestycji w przedsiębiorstwo. W związku z tym opodatkowanie UCITS jest

<sup>22</sup> Wyrok z dnia 21 czerwca 2018 r., *Fidelity Funds i in.* (C-480/16, EU:C:2018:480, pkt 42 i nast.).

<sup>23</sup> Wyrok z dnia 14 grudnia 2006 r. (C-170/05, EU:C:2006:783, pkt 37 i nast.).

<sup>24</sup> Wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r. (C-252/14, EU:C:2016:402).

generalnie skonstruowane w taki sposób, że z finansowego punktu widzenia nie ma różnicy dla inwestorów, czy inwestują oni w przedsiębiorstwo bezpośrednio czy pośrednio jako inwestorzy UCITS.

54. Aby osiągnąć ten cel, Niemcy zdecydowały, że w przedmiotowych latach podatkowych UCITS będą traktowane jak podmioty transparentne podatkowo. Jednakże skutkuje to tym, że zaliczenie portugalskiego podatku dochodowego od osób prawnych na poziomie UCITS jest *samo w sobie* wykluczone. Ze względu na tę (niemiecką) metodę opodatkowania możliwe jest jedynie zaliczenie na poziomie inwestorów. Jeżeli zostanie to dokonane w kraju siedziby – w tym przypadku w Niemczech – nie zniechęca to inwestora do inwestowania w UCITS, które inwestuje w spółki portugalskie.

55. Jak już wskazał Trybunał, kwestia zaliczenia podatku u źródła przez państwo siedziby jest również decydującym kryterium dla stwierdzenia niekorzystnego traktowania<sup>25</sup>. Jeżeli jednak, ze względu na istniejący system podatkowy, zaliczenie nie jest możliwe na poziomie UCITS i może mieć miejsce jedynie na poziomie inwestorów, wówczas rzeczywiste zaliczenie na poziomie inwestorów jest tak samo istotne jak zaliczenie na poziomie UCITS.

56. W związku z tym, jeżeli Niemcy rzeczywiście zaliczają portugalskie obciążenie podatkowe (15%) na poczet podatku dochodowego inwestora – czego zbadanie należy do sądu odsyłającego – można w tym przypadku założyć co najwyżej formalnie nierówne traktowanie UCITS, brak jest natomiast materialnej różnicy w traktowaniu inwestorów. Ze względu na to, że jedynym celem UCITS jest umożliwienie inwestorom dostępu do inwestycji na rynku papierów wartościowych, istotny jest jedynie ich punkt widzenia.

57. Jeżeli natomiast nie dochodzi do zaliczenia, mamy do czynienia z nierównym traktowaniem ze względu na różną metodę opodatkowania. Różnica między tymi dwiema metodami opodatkowania polega przy tym w szczególności na sposobie obliczania podstawy opodatkowania (portfel akcyjny vs. wypłata dywidendy), nominalnej stawce podatku (cztery razy w roku 0,0125% vs. jednorazowo przy wypłacie 15%) oraz sposobach poboru podatku (kwartalnie vs. przy wypłacie).

58. W odniesieniu do kwestii, czy przepisy państwa członkowskiego, takie jak będące przedmiotem postępowania głównego, stanowią ograniczenie swobodnego przepływu kapitału, należy następnie zbadać, czy takie odmiennie traktowanie pod względem podatkowym dywidend wypłacanych UCITS, w zależności od tego, czy są to UCITS będące rezydentami czy też nie, powoduje, że UCITS niebędące rezydentami są traktowane nie tylko odmiennie, ale również mniej korzystnie niż UCITS będące rezydentami<sup>26</sup>.

59. Do sądu odsyłającego, który ma wyłączną kompetencję do rozpatrzenia przedstawionych mu okoliczności faktycznych, należy zbadać, czy w odniesieniu do rozpatrywanych dywidend stosowanie podatku pobranego u źródła w wysokości 15% przewidzianego przez umowę o unikaniu podwójnego opodatkowania prowadzi do tego, że skarżąca ostatecznie ponosi większe obciążenie podatkowe w Portugalii niż to, które zostało nałożone na UCITS będące rezydentem

<sup>25</sup> Podobnie wyrok z dnia 14 grudnia 2006 r., Denavit Internationaal i Denavit France (C-170/05, EU:C:2006:783, pkt 44 i nast.).

<sup>26</sup> Podobnie wyraźnie wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r., Pensioenfondsen Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, pkt 33).

znajdującym się w sytuacji analogicznej do sytuacji skarżącej (tj. posiadającym takie same aktywa)<sup>27</sup>. Właściwym okresem w tym względzie – jak już stwierdził Trybunał<sup>28</sup> – jest jeden rok podatkowy.

## 2. Wnioski

60. Jeżeli zatem okaże się, że kwartalna opłata skarbowa, która obejmuje nie tylko niewypłacone dywidendy, ale również portfel akcyjny, odpowiada porównywalnemu obciążeniu podatkowemu w wysokości 15% obciążenia dywidend wypłaconych skarżącej, to nie ma już w ogóle mowy o niekorzystnym traktowaniu, a tym samym o ograniczeniu swobodnego przepływu kapitału. Ze względu na to, że ustawodawca podatkowy ma zazwyczaj pewną swobodę w kształtowaniu różnych systemów podatkowych, powinno być wystarczające, że poziom opodatkowania nie jest dokładnie taki sam, lecz jedynie w przybliżeniu porównywalny.

61. W takim przypadku wniosek skarżącej byłby bardziej zbliżony do „wybierania najlepszych kasków”, ponieważ skarżąca dąży w nim do zwolnienia z podatku dochodowego od osób prawnych, takiego, jakie ma zastosowanie do UCITS będącego rezydentem, ale nie ponosi opodatkowania opłatą skarbową wprowadzonego jako ekwiwalent w związku ze zwolnieniem. W ten sposób nie domaga się jednak równego traktowania w stosunku do UCITS posiadającego siedzibę w kraju, lecz raczej uprzywilejowania. Swobody podstawowe nie służą jednak faworyzowaniu przypadku transgranicznego, lecz „jedynie” równemu traktowaniu<sup>29</sup>.

62. Z drugiej strony, jeżeli okazałoby się, że kwartalna opłata skarbowa skutkuje w tym przypadku znacznie korzystniejszym traktowaniem podatkowym UCITS będących rezydentami, mogłoby to zniechęcić UCITS niebędące rezydentami do inwestowania w danym państwie członkowskim, a zatem stanowiłoby ograniczenie swobodnego przepływu kapitału, co jest zasadniczo zabronione na mocy art. 63 TFUE.

## C. Uzasadnienie ograniczenia swobodnego przepływu kapitału

63. W tym ostatnim przypadku konieczne jest zbadanie, czy ograniczenie to jest uzasadnione. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału<sup>30</sup> krajowe przepisy podatkowe, które różnicują opodatkowanie osób krajowych i zagranicznych, można uznać za zgodne z postanowieniami traktatu dotyczącymi swobodnego przepływu kapitału, pod warunkiem że przewidziane przez nie odmienne traktowanie dotyczy sytuacji, które nie są obiektywnie porównywalne (zob. pkt 2 poniżej), lub że jest ono uzasadnione nadrzędnymi względami interesu ogólnego (zob. pkt 3 poniżej). Badanie swobodnego przepływu kapitału jest analogiczne do badania innych swobód podstawowych, przy czym należy uwzględnić specyfikę swobodnego przepływu kapitału (zob. pkt 1 poniżej).

<sup>27</sup> Zobacz podobnie wyroki: z dnia 2 czerwca 2016 r., Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, pkt 34); z dnia 17 września 2015 r., Miljoen i in. (C-10/14, C-14/14 i C-17/14, EU:C:2015:608, pkt 48).

<sup>28</sup> Wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r., Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, pkt 41).

<sup>29</sup> Zobacz w tej kwestii bardziej szczegółowo moja opinia w sprawie Google Ireland (C-482/18, EU:C:2019:728, pkt 35 i nast.); zob. także ostatnio opinia rzecznika generalnego G. Hogana w sprawie Autoridade Tributária e Aduaneira (podatek od zysków ze zbywania nieruchomości) (C-388/19, EU:C:2020:940, pkt 36 i nast.).

<sup>30</sup> Wyroki: z dnia 21 czerwca 2018 r., Fidelity Funds i in. (C-480/16, EU:C:2018:480, pkt 48); z dnia 10 kwietnia 2014 r., Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, pkt. 57); z dnia 10 maja 2012 r., Santander Asset Management SGIIC i in. (od C-338/11 do C-347/11, EU:C:2012:286, pkt 23); z dnia 6 czerwca 2000 r., Verkooijen (C-35/98, EU:C:2000:294, pkt 43).

## 1. W przedmiocie specyfiki swobodnego przepływu kapitału

64. W tym względzie zakres ochrony swobodnego przepływu kapitału – inaczej niż zakres ochrony innych swobód podstawowych – ulega zawężeniu w przypadku ograniczeń wynikających z prawa podatkowego. Artykuł 63 TFUE nie narusza, zgodnie z art. 65 ust. 1 lit. a) TFUE, prawa państw członkowskich do stosowania odpowiednich przepisów ich prawa podatkowego traktujących odmiennie podatników ze względu na różne miejsce zamieszkania lub inwestowania kapitału. Jest to również zrozumiałe na tle szerszego zakresu zastosowania tej swobody. W przeciwieństwie do innych swobód podstawowych swobodny przepływ kapitału obejmuje również sytuacje, które dotyczą państw trzecich.

65. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału to postanowienie, jako stanowiące odstępstwo od podstawowej zasady swobodnego przepływu kapitału, musi być przedmiotem ścisłej wykładni. Dlatego też nie można go interpretować w ten sposób, że wszelkie przepisy podatkowe przewidujące odmiennie traktowanie podatników ze względu na miejsce ich zamieszkania lub siedziby lub państwo inwestowania ich kapitału są automatycznie zgodne z traktatem FUE. Odstępstwo przewidziane w art. 65 ust. 1 lit. a) TFUE samo jest bowiem ograniczone przez art. 65 ust. 3 TFUE, zgodnie z którym przepisy krajowe określone w ust. 1 tego artykułu „nie powinny stanowić arbitralnej dyskryminacji ani ukrytego ograniczenia w swobodnym przepływie kapitału i płatności w rozumieniu art. 63 [TFUE]”<sup>31</sup>.

66. W konsekwencji – dodał Trybunał – odmiennie traktowanie, jakie dopuszcza art. 65 ust. 1 lit. a) TFUE, należy więc odróżniać od dyskryminacji zakazanej przez art. 65 ust. 3 TFUE<sup>32</sup>. Kryteria, według których można odróżnić to dopuszczalne odmiennie traktowanie [art. 65 ust. 1 lit. a) TFUE] od arbitralnej dyskryminacji lub ukrytego ograniczenia zakazanego przez art. 65 ust. 3 TFUE, nie zostały jednak w orzecznictwie Trybunału określone. Trybunał używa przy tym jednak zwykłego sformułowania, które stosuje się również do wszystkich innych swobód podstawowych.

67. Według tego krajowe przepisy podatkowe można uznać za zgodne z postanowieniami traktatu dotyczącymi swobodnego przepływu kapitału, pod warunkiem że przewidziane przez nie odmiennie traktowanie dotyczy sytuacji, które nie są obiektywnie porównywalne, lub że jest ono uzasadnione nadrzędnymi względami interesu ogólnego<sup>33</sup>.

68. Wydaje mi się jednak wątpliwe, czy w ten sposób wyżej wymieniona specyfika swobodnego przepływu kapitału została odpowiednio uwzględniona. Rzecznik generalny M. Szpunar w swojej opinii w sprawie Pensioenfonds Metaal en Techniek<sup>34</sup> wyraził pogląd, że Trybunał uwzględnił tę specyfikę, stwierdzając, że co do zasady podatnicy będący rezydentami i podatnicy niebędący rezydentami nie znajdują się w porównywalnej sytuacji. Stwierdzenie to może być trafne

<sup>31</sup> Wyroki: z dnia 21 czerwca 2018 r., Fidelity Funds i in. (C-480/16, EU:C:2018:480, pkt 47); z dnia 2 czerwca 2016 r., Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, pkt 46); z dnia 10 kwietnia 2014 r., Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, pkt 55, 56 i przytoczone tam orzecznictwo).

<sup>32</sup> Wyroki: z dnia 21 czerwca 2018 r., Fidelity Funds i in. (C-480/16, EU:C:2018:480, pkt 48), z dnia 2 czerwca 2016 r., Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, pkt. 47); z dnia 10 maja 2012 r., Santander Asset Management SGIIC i in. (od C-338/11 do C-347/11, EU:C:2012:286, pkt 23 i przytoczone tam orzecznictwo).

<sup>33</sup> Zobacz chociażby, aczkolwiek niewyczerpująco, wyroki: z dnia 21 czerwca 2018 r., Fidelity Funds i in. (C-480/16, EU:C:2018:480, pkt 48); z dnia 2 czerwca 2016 r., Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, pkt 47); z dnia 1 grudnia 2011 r., Komisja/Belgia (C-250/08, EU:C:2011:793, pkt 51); z dnia 7 września 2004 r., Manninen (C-319/02, EU:C:2004:484, pkt 29); z dnia 6 czerwca 2000 r., Verkooijen (C-35/98, EU:C:2000:294, pkt 43).

<sup>34</sup> Opinia rzecznika generalnego M. Szpunara w sprawie Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2015:571, pkt 2).

w przypadku starszego orzecznictwa, takiego jak wyrok Schumacker. W tamtej sprawie wyjaśniono jeszcze, że w dziedzinie podatków bezpośrednich sytuacja rezydentów i nierezydentów nie jest porównywalna<sup>35</sup>.

69. Jeśli jednak przyjrzeć się nowszemu orzecznictwu Trybunału, można zaobserwować raczej przeciwną tendencję. Stwierdza się, że porównywalność jest badana wyłącznie w świetle ustanowionych w tych przepisach właściwych kryteriów rozróżniających<sup>36</sup>. Tak więc istnienie porównywalnego charakteru sytuacji transgranicznej i sytuacji wewnętrznej należy badać w zakresie stosowania swobody przepływu kapitału na tych samych zasadach co w przypadku innych swobód podstawowych: z uwzględnieniem celu realizowanego przez rozpatrywane przepisy krajowe<sup>37</sup>, a także przedmiotu i treści tych przepisów<sup>38</sup>.

70. Gdyby Trybunał uznał, że „arbitralną dyskryminację”<sup>39</sup> zakazaną przez art. 65 ust. 3 TFUE należy postawić na równi z normalną dyskryminacją zakazaną w ramach innych podstawowych swobód w prawie podatkowym, wspomniana wyżej specyfika swobodnego przepływu kapitału w odniesieniu do prawa podatkowego państw członkowskich powinna jednak zostać uwzględniona najpóźniej przy wyważeniu interesów w ramach testu proporcjonalności.

71. W tym względzie moim zdaniem zmiana traktatu z Maastricht<sup>40</sup> polegająca na dodaniu obecnego art. 65 TFUE obniżyła poziom ochrony swobodnego przepływu kapitału w odniesieniu do ograniczeń opartych na przepisach podatkowych. W związku z tym swobodny przepływ kapitału musi mieć mniejszą wagę w ramach wyważenia z celami różnicowania, do jakich dąży państwo członkowskie w tych przypadkach, niż w ramach wyważenia tych celów z pozostałymi swobodami podstawowymi<sup>41</sup>. Innymi słowy, łatwiej jest uzasadnić ograniczenie swobodnego przepływu kapitału przepisami podatkowymi związanymi z siedzibą czy miejscem zamieszkania niż na przykład ograniczenie swobody przedsiębiorczości. Wróć do tego w kontekście testu proporcjonalności.

<sup>35</sup> Wyrok z dnia 14 lutego 1995 r., Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, pkt 31), potwierdzony jednak także w wyrokach: z dnia 22 grudnia 2008 r., Truck Center (C-282/07, EU:C:2008:762, pkt 38); z dnia 5 lipca 2005 r., D. (C-376/03, EU:C:2005:424, pkt 26).

<sup>36</sup> Wyroki: z dnia 21 czerwca 2018 r., Fidelity Funds i in. (C-480/16, EU:C:2018:480, pkt 51); z dnia 2 czerwca 2016 r., Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, pkt 49); z dnia 10 maja 2012 r., Santander Asset Management SGIIC i in. (od C-338/11 do C-347/11, EU:C:2012:286, pkt 28). W wyroku z dnia 26 lutego 2019 r., N Luxembourg 1 i in. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 i C-299/16, EU:C:2019:134, pkt 162 i nast.), Trybunał uważa nawet, że ograniczenie swobodnego przepływu kapitału istnieje już wtedy, gdy korzyść w zakresie płynności nie jest przyznawana w sytuacji transgranicznej, ale jest przyznawana w równoważnej sytuacji krajowej. Opodatkowanie u źródła ma jednak per se niekorzystne skutki w zakresie płynności w porównaniu z (późniejszym) obciążeniem, nawet jeśli te niekorzystne skutki są łagodzone przez płatności zaliczkowe.

<sup>37</sup> Wyroki: z dnia 2 czerwca 2016 r., Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, pkt 48); z dnia 8 listopada 2012 r., Komisja/Finlandia (C-342/10, EU:C:2012:688, pkt 36 i powołane tam orzecznictwo).

<sup>38</sup> Wyroki: z dnia 2 czerwca 2016 r., Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, pkt 48); z dnia 10 maja 2012 r., Komisja/Estonia (C-39/10, EU:C:2012:282, pkt 51).

<sup>39</sup> Istnienie „ukrytego ograniczenia” w rozumieniu art. 65 ust. 3 TFUE można prawdopodobnie wykluczyć w przypadku regulacji, która uzależnia skutki prawne od miejsca siedziby.

<sup>40</sup> Traktat o Unii Europejskiej z dnia 7 lutego 1992 r. (Dz.U. 1992, C 191, s. 1).

<sup>41</sup> Zobacz moja opinia w sprawie Q (C-133/13, EU:C:2014:2255, pkt 48); J. Kokott, *Das Steuerrecht der Europäischen Union*, Monachium 2018, § 3 pkt 94 in fine.



## 2. Porównywalność krajowych i zagranicznych sytuacji

72. Jak stwierdzono powyżej, porównywalność sytuacji transgranicznej z sytuacją wewnętrzną musi być oceniana w świetle celu, jakiemu służą dane przepisy krajowe, ich przedmiotu i treści. W tym względzie przy ocenie, czy wynikająca z rozpatrywanych przepisów prawnych różnica w traktowaniu odzwierciedla obiektywnie istniejącą różnicę sytuacji, można brać pod uwagę tylko ustanowione w tych przepisach właściwe kryteria rozróżniające<sup>42</sup>.

73. Metoda opodatkowania jest w tym przypadku oparta na kryterium rozróżniającym, zasadniczo odnoszącym się do siedziby UCITS, któremu wypłacane są dywidendy. Należy zatem zbadać, czy UCITS będące rezydentami i UCITS niebędące rezydentami znajdują się w porównywalnej sytuacji, jeśli chodzi o cel, przedmiot i treść przepisów będących przedmiotem postępowania głównego.

74. W tym względzie należy podkreślić, że cel opodatkowania, któremu podlegają UCITS będące rezydentami, jest inny niż cel opodatkowania stosowanego wobec UCITS niebędących rezydentami. Podczas gdy UCITS będące rezydentami są opodatkowane od całości aktywów obliczonych na podstawie ich całkowitej wartości księgowej netto, a w trakcie roku podatkowego stosowana jest stawka ryczałtowa bez względu na faktyczną wypłatę dywidend, UCITS niebędące rezydentami są opodatkowane wyłącznie od dywidend otrzymanych w Portugalii w trakcie roku podatkowego.

75. Ta szczególna metoda opodatkowania wydaje się wynikać ze szczególnego celu UCITS. Celem UCITS jest umożliwienie inwestorom prywatnym inwestowania pieniędzy na rynku papierów wartościowych bez większego nakładu pracy, zapewniając im jednocześnie korzystanie ze szczególnej ochrony (zob. pkt 52, 53 powyżej).

76. Jednakże inwestor bezpośredni podlegałby podatkowi dochodowemu dopiero w momencie wypłaty dywidendy na jego rzecz. Aby jednak uczestniczyć do tego czasu w korzyściach ze zwiększenia wartości puli aktywów, Portugalia zdecydowała się najwidoczniej na zastosowanie odpowiedniego szczególnego podatku, który obciąża wszystkie aktywa UCITS będącego rezydentem cztery razy w roku kwotą ryczałtową, niezależnie od tego, czy z aktywów tych uzyskiwany jest dochód, w szczególności dywidendy. Zapewnia to Portugalii niższe, ale stałe wpływy z podatków, bez konieczności oczekiwania na wypłatę dywidendy dla inwestora. Porównując ją z opodatkowaniem według rentowności inwestycji, opłata skarbową jest niekorzystna dla UCITS będących rezydentami, ponieważ ponoszą one obciążenie podatkowe, nawet jeżeli nie generują dochodów. Jest to prawdopodobnie przyczyna nominalnie bardzo niskiej stawki opłaty skarbowej. Z drugiej strony UCITS niebędące rezydentem podlega opodatkowaniu – ale nominalnie znacznie wyższemu – tylko wtedy, gdy jego finansowa rentowność wzrasta w związku z wypłatą dywidendy.

77. W tym względzie mają zastosowanie te same zasady, które Trybunał przedstawił już w sprawie Pensioenfonds Metaal en Techniek<sup>43</sup>. Taki podatek od dochodów UCITS będących rezydentami jest nakładany przez Portugalie, będącą państwem rezydencji tych UCITS, która dysponuje z tego względu kompetencją podatkową w zakresie wszystkich dochodów tych UCITS – a w tym przypadku także w zakresie wszystkich ich aktywów.

<sup>42</sup> Wyroki: z dnia 2 czerwca 2016 r., Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, pkt 49); z dnia 10 maja 2012 r., Santander Asset Management SGIC i in. (od C-338/11 do C-347/11, EU:C:2012:286, pkt 28).

<sup>43</sup> Wyrok z dnia 2 czerwca 2016 r., Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, pkt 55 i nast.).

78. Jak wynika z orzecznictwa Trybunału, sytuacja nierezydenta w zakresie podatku majątkowego jest odmienna od sytuacji rezydenta o tyle, że nie tylko zasadnicza część dochodów, ale także zasadnicza część majątku rezydenta zazwyczaj jest skupiona w państwie, w którym ten rezydent stale zamieszkuje<sup>44</sup>. Z powyższego wynika, iż podatnik, który nie posiada zasadniczej części swojego majątku w innym państwie członkowskim niż państwo, w którym jest rezydentem, nie znajduje się co do zasady w sytuacji porównywalnej z sytuacją rezydentów tego innego państwa członkowskiego<sup>45</sup>. Dotyczy to zapewne także UCITS.

79. Jeżeli chodzi o skarżącą, będącą rezydentem Niemiec, Portugalia jest uprawniona, na podstawie zawartej z Niemcami umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania, jedynie do opodatkowania dochodów generowanych przez aktywa tego UCITS znajdujące się w Portugalii. W związku z tym Portugalia opodatkowuje dywidendy otrzymane przez UCITS niebędące rezydentem jako państwo źródła dywidend.

80. Ze względu na to, że Portugalia nie jest uprawniona na podstawie tej umowy do opodatkowania aktywów należących do UCITS niebędącego rezydentem, które, tak jak aktywa będące przedmiotem postępowania głównego, nie są umiejscowione na jej terytorium, to sama okoliczność, że niektóre z tych aktywów mają związek z Portugalią, nie może prowadzić do opodatkowania przez Portugalię wszystkich tych aktywów.

81. W tych okolicznościach cel, do którego zmierzają przepisy krajowe będące przedmiotem postępowania głównego, a mianowicie wprowadzenie tzw. opodatkowania niezrealizowanych dochodów kapitałowych inwestorów UCITS oraz opodatkowanie UCITS – do czasu wypłaty dywidendy – wyłącznie na podstawie jego aktywów, nie może zostać osiągnięty w odniesieniu do UCITS niebędących rezydentami.

82. Cel ten nie może również zostać osiągnięty poprzez opodatkowanie zgodnie z metodą opłaty skarbowej dywidend otrzymanych od UCITS niebędących rezydentami (tj. opodatkowanie należącego do nich „portugalskiego” portfela akcyjnego). Wynika to ostatecznie z faktu, że zgodnie z postanowieniami zawartej z Niemcami umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania (oraz ogólnymi standardami OECD) UCITS niebędące rezydentami mogą być opodatkowane tylko wtedy, gdy wypłacane są im dywidendy.

83. W konsekwencji, biorąc pod uwagę cel, do którego zmierzają przepisy krajowe, jak również ich przedmiot i treść, należy stwierdzić, że UCITS niebędące rezydentem nie znajduje się w sytuacji porównywalnej do sytuacji UCITS będącego rezydentem.

84. Wniosek ten jest również zgodny z oceną zawartą w art. 65 ust. 1 lit. a) TFUE oraz z faktem, że nie występuje arbitralna dyskryminacja zakazana na mocy art. 65 ust. 3 TFUE. Opłatę skarbową można oczywiście z różnych powodów krytykować lub uważać ją za dziwną. Jednak ze względu na omówione powyżej ograniczone prawa podatkowe to odmienne traktowanie UCITS będących i niebędących rezydentami jest zrozumiałe, a zatem nie jest arbitralne w rozumieniu art. 65 ust. 3 TFUE.

<sup>44</sup> Wyrok z dnia 5 lipca 2005 r., D. (C-376/03, EU:C:2005:424, pkt 37).

<sup>45</sup> Tak wyraźnie w wyroku z dnia 5 lipca 2005 r., D. (C-376/03, EU:C:2005:424, pkt 38).

### **3. Ewentualnie: uzasadnienia dla odmiennego traktowania**

85. Jedynie w przypadku, gdy Trybunał zakłada, że sytuacja jest porównywalna, konieczne jest zbadanie, czy różnica w opodatkowaniu UCITS będących rezydentami i UCITS niebędących rezydentami może być uzasadniona. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału krajowe przepisy podatkowe można uznać za zgodne z postanowieniami traktatu dotyczącymi swobodnego przepływu kapitału, pod warunkiem że przewidziane przez nie odmiennie traktowanie jest uzasadnione nadrzędnymi względami interesu ogólnego<sup>46</sup>.

86. Uzasadnieniem w tym przypadku może być zachowanie zrównoważonego podziału kompetencji podatkowych między państwami członkowskimi [zob. lit. a) poniżej], unikanie nieopodatkowania [zob. lit. b) poniżej] oraz zachowanie spójności portugalskiego systemu podatkowego [zob. lit. c) poniżej]. Ponadto środek (w tym przypadku inna metoda opodatkowania) musi być proporcjonalny, tj. odpowiedni do osiągnięcia celu, i nie może wykraczać poza to, co jest niezbędne do jego osiągnięcia [zob. lit. d) poniżej].

#### ***a) W przedmiocie uzasadnienia zachowania zrównoważonego podziału kompetencji podatkowych***

87. Zrównoważony podział kompetencji podatkowych pomiędzy państwami członkowskimi jest uzasadnionym celem uznawanym przez Trybunał<sup>47</sup>. Cel ten jest wyrazem suwerenności budżetowej państw członkowskich. Suwerenność ta obejmuje prawo państwa do ochrony swoich dochodów podatkowych, w szczególności w odniesieniu do zysków osiąganych na jego terytorium (zasada terytorialności) oraz prawo państwa do autonomicznego kształtowania swojego systemu podatkowego (zasada autonomii).

88. Wprawdzie – jak podkreśla Komisja – Trybunał orzekł już, że gdy państwo członkowskie zrezygnowało z opodatkowania UCITS będących rezydentami pobierających dywidendy od spółek krajowych, nie może ono powoływać się na konieczność zapewnienia zrównoważonego podziału władztwa podatkowego pomiędzy państwami członkowskimi w celu uzasadnienia opodatkowania UCITS niebędących rezydentami pobierających takie dochody<sup>48</sup>.

89. Ta kategoria spraw nie ma jednak w tym przypadku znaczenia. Jak wyjaśniono powyżej, UCITS będące rezydentami nie są zwolnione z jakiegokolwiek podatku w Portugalii, lecz są jedynie inaczej opodatkowane. Portugalia zdecydowała się na opodatkowanie UCITS będących rezydentami kwartalnie od całkowitej wartości księgowej netto aktywów według stosunkowo niskiej stawki. Jest to decyzja, która nie byłaby możliwa w przypadku UCITS niebędących rezydentami. W przypadku tych podmiotów Portugalia mogłaby – przynajmniej zgodnie z normami prawa międzynarodowego – opodatkować jedynie dochody ze źródła znajdującego się w Portugalii (por. art. 10 konwencji modelowej OECD lub art. 10 umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania między Niemcami a Portugalią).

<sup>46</sup> Wyroki: z dnia 21 czerwca 2018 r., Fidelity Funds i in. (C-480/16, EU:C:2018:480, pkt 48); z dnia 2 czerwca 2016 r., Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, pkt 47); z dnia 1 grudnia 2011 r., Komisja/Belgia (C-250/08, EU:C:2011:793, pkt 51); z dnia 7 września 2004 r., Manninen (C-319/02, EU:C:2004:484, pkt 29); z dnia 6 czerwca 2000 r., Verkooijen (C-35/98, EU:C:2000:294, pkt 43).

<sup>47</sup> Wyroki: z dnia 7 listopada 2013 r., K (C-322/11, EU:C:2013:716, pkt 50); z dnia 6 września 2012 r., Philips Electronics (C-18/11, EU:C:2012:532, pkt 23); z dnia 29 listopada 2011 r., National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, pkt 45); z dnia 13 grudnia 2005 r., Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, pkt 45, 46).

<sup>48</sup> Wyroki: z dnia 21 czerwca 2018 r., Fidelity Funds i in. (C-480/16, EU:C:2018:480, pkt 71); z dnia 10 kwietnia 2014 r., Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, pkt 99); z dnia 10 maja 2012 r., Santander Asset Management SGIC i in. (od C-338/11 do C-347/11, EU:C:2012:286, pkt 48); z dnia 20 października 2011 r., Komisja/Niemcy (C-284/09, EU:C:2011:670, pkt 78 i przytoczone tam orzecznictwo).

90. Powyższe uzasadnienie dotyczy również wynikającej z tego różnicy w obciążeniu podatkowym, podobnie jak dotyczy ono ewentualnie powstałej niekorzystnej sytuacji w zakresie płynności, która jest nierozzerwalnie związana z każdym podatkiem u źródła, pobieranym w momencie wypłaty, a nie powstającym dopiero po upływie określonego okresu podatkowego (w tym przypadku trzech miesięcy).

***b) W przedmiocie uzasadnienia unikania braku opodatkowania [tzw. białego (nieopodatkowanego) dochodu] w ramach skutecznego poboru podatku***

91. Z orzecznictwa Trybunału wynika ponadto, że konieczność zapewnienia skutecznego poboru podatku może uzasadniać stosowanie wobec podatników niebędących rezydentami poboru podatku u źródła jako metody opodatkowania, podczas gdy podatnicy będący rezydentami nie są objęci takim poborem u źródła<sup>49</sup>. Unikanie braku opodatkowania służy ostatecznie również skuteczności poboru podatku.

92. Przepis art. 14 ust. 3 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, który nakłada na skarżącą obowiązek zapłaty podatku dochodowego od osób prawnych tylko wtedy, gdy, i z tego względu, że nie podlega ona żadnemu podatkowi (lub podlega tylko niskiemu podatkowi) od tych dochodów z dywidend w państwie miejsca siedziby, służy unikaniu braku opodatkowania.

93. Pobranie podatku dochodowego od osób prawnych u źródła wypłaty dywidendy na koszt zagranicznego UCITS jest również częścią skutecznego poboru podatku. W prosty i skuteczny sposób zapobiega to na przykład strukturom funduszy, które są ukształtowane w taki sposób, że żadne państwo, tj. ani państwo źródła, ani państwo siedziby, nie może opodatkować dochodu z dywidend na poziomie UCITS czy na poziomie jego inwestorów, i które generują tym samym tzw. biały (nieopodatkowany) dochód.

94. Opodatkowanie u źródła wiąże się co prawda z ryzykiem podwójnego opodatkowania, można to jednak ograniczyć lub tego uniknąć – jak to miało miejsce w tym przypadku – dzięki umowie o unikaniu podwójnego opodatkowania.

95. Również europejski prawodawca zaczął w międzyczasie przykładać szczególnie dużą wagę do walki z uchylaniem się od podatków. Z tego powodu przyjął on dyrektywę zawierającą przepisy mające na celu przeciwdziałanie praktykom unikania opodatkowania<sup>50</sup>. Przewidziano w niej również przepisy mające na celu zwalczanie „białych” (nieopodatkowanych) dochodów, a mianowicie przepisy dotyczące sposobów zwalczania struktur hybrydowych (art. 9) oraz przepisy ogólne przeciw unikaniu opodatkowania (art. 6).

96. Wreszcie, drugi filar środków zalecanych przez OECD w celu zwalczania unikania opodatkowania również wskazuje, że zwalczanie uchylania się od opodatkowania jest jednym z nadrzędnych względów interesu ogólnego<sup>51</sup>. W przedmowie („Cover Statement”) do swojego ostatniego sprawozdania z procesu konsultacji w sprawie zaleceń dotyczących zwalczania

<sup>49</sup> Wyroki: z dnia 22 listopada 2018 r., Sofina i in. (C-575/17, EU:C:2018:943, pkt 67); z dnia 13 lipca 2016 r., Brisal i KBC Finance Ireland (C-18/15, EU:C:2016:549, pkt 21); zob. podobnie wyroki: z dnia 9 października 2014 r., van Caster (C-326/12, EU:C:2014:2269, pkt 46); z dnia 18 października 2012 r., X (C-498/10, EU:C:2012:635, pkt 39); z dnia 3 października 2006 r., FKP Scorpio Konzertproduktionen (C-290/04, EU:C:2006:630, pkt 35).

<sup>50</sup> Dyrektywa Rady (UE) 2016/1164 z dnia 12 lipca 2016 r. ustanawiająca przepisy mające na celu przeciwdziałanie praktykom unikania opodatkowania, które mają bezpośredni wpływ na funkcjonowanie rynku wewnętrznego (Dz.U. 2016, L 193, s. 1).

<sup>51</sup> Tax challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar Two Blueprint, <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/abb4c3d1-en.pdf?expires=1607888140&id=id&accname=guest&checksum=DC286FCCE9A7B15A436A5E3297CD7D78>.

unikania opodatkowania OECD podkreśliła, że minimalny poziom opodatkowania przyczynia się do zapewnienia sprawiedliwości i równości systemów podatkowych, zapewnia stabilne ramy podatkowe dla nowych modeli biznesowych i gwarantuje finansowanie państw<sup>52</sup>. OECD zwróciła tym samym uwagę na jego szczególne znaczenie dla ogółu społeczeństwa.

97. Zgodnie z powyższym cel zapewnienia minimalnego opodatkowania UCITS niebędącego rezydentem jest uznawany za nadrzędny względ interesu ogólnego, który również w tym przypadku ma zastosowanie, jak wynika z przepisu art. 14 ust. 3 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych.

**c) W przedmiocie uzasadnienia dla zachowania spójności systemu podatkowego**

98. Portugalia podnosi również, że stosowanie przepisu podatkowego będącego przedmiotem postępowania głównego jest niezbędne w celu zachowania spójności portugalskiego systemu podatkowego. Zgodnie ze stanowiskiem Portugalii istnieje mianowicie bezpośredni związek między zwolnieniem z podatku u źródła dywidend wypłacanych na rzecz UCITS będących rezydentami a opodatkowaniem kwartalnym w ramach systemu opłaty skarbowej.

99. Trybunał orzekł już, że konieczność zachowania spójności systemu podatkowego może uzasadniać uregulowania skutkujące ograniczeniem swobód podstawowych<sup>53</sup>. Niemniej jednak skuteczność argumentu opartego na takim uzasadnieniu wymaga zgodnie z utrwalonym orzecznictwem wykazania bezpośredniego związku pomiędzy daną korzyścią podatkową a wyrównaniem tej korzyści przez określone obciążenie podatkowe, przy czym bezpośredni charakter tego związku należy oceniać z punktu widzenia celu spornego uregulowania<sup>54</sup>.

100. Zgodnie ze stanowiskiem Portugalii celem opłaty skarbowej jest opodatkowanie inwestorów dopiero na późniejszym etapie (cytując stanowisko Portugalii: zgodnie z logiką opodatkowania niezrealizowanych dochodów kapitałowych), a do tego czasu opodatkowanie portfela akcyjnego UCITS, *niezależnie* od uzyskiwania dywidend. Cel ten nie mógłby zostać osiągnięty poprzez opodatkowanie dywidend w momencie ich wypłaty do UCITS. Dlatego też ta opłata skarbowa została wprowadzona w 2015 r. tylko dla tych UCITS i jednocześnie ze zwolnieniem dochodów kapitałowych z podatku dochodowego od osób prawnych i podatku u źródła.

101. Wbrew temu, co zdają się sądzić Komisja i skarżąca, istnieje zatem wystarczający bezpośredni związek. Świadczy o tym już samo powiązanie czasowe oraz przedmiotowe obu podatków. Fakt, że wyrównanie korzyści nie jest ustalone w ramach ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ale jako równoważny substytut w innej ustawie podatkowej z inną metodą opodatkowania, nie może podważyć istnienia bezpośredniego związku. Stanowiska Komisji i skarżącej sprowadzają się do bardzo formalnego podejścia do uzasadnienia

<sup>52</sup> Tax challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar Two Blueprint Cover Statement, <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/abb4c3d1-en.pdf?expires=1607888140&id=id&accname=guest&checksum=DC286FCCE9A7B15A436A5E3297CD7D78>, s. 10 i nast.

<sup>53</sup> Wyroki: z dnia 21 czerwca 2018 r., Fidelity Funds i in. (C-480/16, EU:C:2018:480, pkt 79); z dnia 10 maja 2012 r., Santander Asset Management SGIIC i in. (od C-338/11 do C-347/11, EU:C:2012:286, pkt 50); z dnia 23 października 2008 r., Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt (C-157/07, EU:C:2008:588, pkt 43, 44).

<sup>54</sup> Wyroki: z dnia 21 czerwca 2018 r., Fidelity Funds i in. (C-480/16, EU:C:2018:480, pkt 80); z dnia 10 maja 2012 r., Santander Asset Management SGIIC i in. (od C-338/11 do C-347/11, EU:C:2012:286, pkt 51); z dnia 27 listopada 2008 r., Papillon (C-418/07, EU:C:2008:659, pkt 44).

zachowania spójności systemu podatkowego. Takie formalne podejście nie uwzględnia jednak faktu, że uzasadnienie nie dotyczy spójności wyłącznie pojedynczej ustawy podatkowej, lecz spójności systemu podatkowego (*régime fiscal*)<sup>55</sup> jako takiego.

102. System podatkowy może jednak jak najbardziej składać się z kilku różnych rodzajów podatków i metod opodatkowania. Jeżeli zatem te różne korzyści i obciążenia są ze sobą merytorycznie powiązane – w tym przypadku geneza regulacji dotyczących rozszerzenia zakresu stosowania opłaty skarbowej przy wprowadzeniu ustawy o korzyściach podatkowych wskazuje na to dość wyraźnie – to nie może mieć znaczenia okoliczność, czy bezpośrednia korzyść i obciążenie są przewidziane w tej samej ustawie, czy „tylko” w tym samym systemie podatkowym.

#### **d) Zachowanie zasady proporcjonalności**

103. Ze względu na to, że znajdują tu zastosowanie uzasadnienie zachowania zrównoważonego podziału kompetencji podatkowych, skutecznego poboru podatku w celu uniknięcia braku opodatkowania oraz zachowania spójności systemu podatkowego, należy zbadać, czy ograniczenie możliwości zwolnienia z podatku u źródła wyłącznie do UCITS mających siedzibę w Portugalii jest odpowiednie w tym konkretnym przypadku i nie wykracza poza to, co jest niezbędne<sup>56</sup> do zachowania tych celów. Moim zdaniem odpowiedź na to pytanie jest twierdząca.

104. Po pierwsze, ze względu na brak autonomii podatkowej w odniesieniu do całości aktywów netto UCITS niebędących rezydentami opodatkowanie inne niż poprzez odliczenie podatku u źródła w odniesieniu do otrzymanych wypłat dywidend nie jest możliwe, chociaż byłoby ono również odpowiednie. Wskazuje na to już sam fakt, że art. 10 ust. 2 zdanie trzecie modelowej konwencji podatkowej OECD przyznaje państwu źródła nie tylko prawo do opodatkowania osoby prawnej wypłacającej dywidendę, ale również prawo do opodatkowania odbiorcy dywidendy. Wynika z tego mianowicie, że przynajmniej państwa OECD zakładają, że opodatkowanie tych dywidend przez państwo źródła, *obok* opodatkowania zysków portugalskiego przedsiębiorstwa, jest odpowiednim i niezbędnym środkiem do właściwego podziału dochodów podatkowych między państwa.

105. Opodatkowanie całości aktywów netto UCITS niebędącego rezydentem na jego wniosek (prawo wyboru) może być równie odpowiednie ze względu na wynikające z tego podwójne opodatkowanie, ale nie jest łagodniejszym środkiem. Nie ma zatem potrzeby odnosić się w tym miejscu do słusznie podniesionego przez rzecznika generalnego G. Hogana<sup>57</sup> pytania, czy należy utrzymać orzecznictwo Trybunału<sup>58</sup>, zgodnie z którym prawo wyboru i tak nie jest odpowiednie do zapobiegania nierównemu traktowaniu.

<sup>55</sup> W każdym razie tak jest również w niemieckim tłumaczeniu najnowszego orzecznictwa; wyroki: z dnia 21 czerwca 2018 r., *Fidelity Funds i in.* (C-480/16, EU:C:2018:480, pkt 83 i nast.); z dnia 12 czerwca 2018 r., *Bevola i Jens W. Trock* (C-650/16, EU:C:2018:424, pkt 51); z dnia 21 grudnia 2016 r., *Komisja/Portugalia* (C-503/14, EU:C:2016:979, pkt 62); z dnia 30 czerwca 2016 r., *Feilen* (C-123/15, EU:C:2016:496, pkt 29); z dnia 17 grudnia 2015 r., *Timac Agro Germany* (C-388/14, EU:C:2015:829, pkt 45).

<sup>56</sup> Wyroki: z dnia 21 czerwca 2018 r., *Fidelity Funds i in.* (C-480/16, EU:C:2018:480, pkt 64); z dnia 24 listopada 2016 r., *SECIL* (C-464/14, EU:C:2016:896, pkt 56); z dnia 17 grudnia 2015 r., *Timac Agro Deutschland* (C-388/14, EU:C:2015:829, pkt 29).

<sup>57</sup> Opinia rzecznika generalnego G. Hogana w sprawie *Autoridade Tributária e Aduaneira* (Opodatkowanie zysków kapitałowych z nieruchomości) (C-388/19, EU:C:2020:940, pkt 73).

<sup>58</sup> Zobacz wyroki: z dnia 18 marca 2010 r., *Gielen* (C-440/08, EU:C:2010:148, pkt 49–54, z bardzo dziwnym uzasadnieniem); z dnia 8 czerwca 2016 r., *Hünnebeck* (C-479/14, EU:C:2016:412, pkt 42). Zobacz jednak również wyrok z dnia 12 czerwca 2018 r., *Bevola i Jens W. Trock* (C-650/16, EU:C:2018:424, pkt 25 i nast.), w którym Trybunał przynajmniej pokrótce bada, czy możliwość wyboru może wyłączać nierówne traktowanie.

106. Jest również wątpliwe, czy analogiczne, ale ograniczone opodatkowanie portfela akcyjnego UCITS niebędących rezydentami – ograniczone do wartości netto portugalskich udziałów i wynikających z nich zatrzymanych dywidend – jest łagodniejszym środkiem. W rzeczywistości wymagałoby to, aby UCITS niebędące rezydentem prowadziło rachunkowość zgodnie z prawem portugalskim w celu określenia właściwej całkowitej wartości księgowej netto. W każdym razie taki środek nie byłby równie skuteczny, ponieważ gromadzenie informacji podatkowych o UCITS niebędących rezydentami i nadzorowanie tych podmiotów jest znacznie trudniejsze niż pobór podatku u źródła w momencie wypłaty dywidendy na rzecz UCITS niebędącego rezydentem.

107. Jest to zatem wyłącznie kwestia wyważenia w konkretnym przypadku pomiędzy swobodnym przepływem kapitału skarżącej a wskazanymi powyżej nadrzędnymi względami interesu ogólnego. W tym kontekście należy wziąć pod uwagę – jak wyjaśniono w pkt 64 i następnych powyżej – z jednej strony, że swobodny przepływ kapitału musi mieć mniejszą wagę w ramach wyważenia z celem różnicowania, jaki pragnie osiągnąć państwo członkowskie. Z drugiej strony zagwarantowanie minimalnego opodatkowania, skuteczna egzekucja należności podatkowych i wyważony podział kompetencji podatkowych stanowią istotny interes ogółu, ponieważ służą finansowaniu systemu państwowego. Bez wystarczającej bazy podatkowej państwo nie może wykonywać swoich zadań ani spełniać swoich funkcji.

108. W niniejszej sprawie tym interesom prawnym można przeciwstawić jedynie nieznaczące niedogodności dla skarżącej. Albo – jak to ma tutaj miejsce w przypadku inwestorów zamieszkałych w Niemczech – portugalskie obciążenie podatkowe jest zaliczane na poczet ich zobowiązań podatkowych, tak, że inwestorzy ci nie są zniechęceni do inwestowania, albo też, w najgorszym przypadku, mamy do czynienia z podwójnym opodatkowaniem pod względem ekonomicznym (z jednej strony z portugalskim podatkiem dochodowym od osób prawnych na poziomie UCITS w wysokości 15% i z zagranicznym podatkiem dochodowym od osób fizycznych na poziomie zagranicznego udziałowca). Co prawda sprawia to, że inwestycje w UCITS niebędące rezydentami i posiadające udziały w portugalskich przedsiębiorstwach są nieco mniej atrakcyjne.

109. Jednak, po pierwsze, kwestia tego podwójnego opodatkowania powinna zostać rozwiązana w drodze wspólnej umowy między zainteresowanymi państwami, a nie jednostronnie, z powołaniem na podstawowe swobody, na niekorzyść Portugalii. Po drugie, ta niekorzystna sytuacja jest w każdym razie złagodzona, jeśli nie całkowicie zrównoważona, przez brak kwartalnej opłaty skarbowej.

110. Ponadto skarżąca jest opodatkowana według finansowej rentowności swojego dochodu, a zatem, inaczej niż w przypadku UCITS będącego rezydentem, majątek skarżącej nie jest opodatkowany. Ponadto opodatkowanie przez Portugalię jest związane z faktem, że skarżąca nie podlega wcale lub podlega w niewielkim stopniu opodatkowaniu w państwie miejsca siedziby. Poza tym obciążenie podatkowe zostało już zmniejszone dzięki umowie o unikaniu podwójnego opodatkowania zawartej między Niemcami a Portugalią

111. Po rozważeniu wszystkich tych czynników względy zachowania wyważonego podziału kompetencji podatkowych między państwami członkowskimi, skutecznego egzekwowania należności podatkowych i zachowania spójności portugalskiego systemu podatkowego przeważają zatem nad interesem skarżącej, aby była ona zwolniona z podatku dochodowego od osób prawnych, tak jak UCITS będące rezydentami, a jednocześnie – inaczej niż UCITS będące rezydentami – nie podlegała opłacie skarbowej.

***e) Wynik testu uzasadnienia***

112. W związku z tym ewentualne ograniczenie swobodnego przepływu kapitału, które należy rozpatrywać w powiązaniu z portugalskimi przepisami (zobowiązanie UCITS niebędących rezydentami do zapłaty podatku dochodowego od osób prawnych w przypadku braku opodatkowania za granicą zgodnie z art. 14 ust. 3 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, zwolnienie UCITS będących rezydentami z podatku dochodowego od osób prawnych zgodnie z art. 22 ustawy o korzyściach podatkowych przy jednoczesnym opodatkowaniu w ramach ustawy o opłacie skarbowej) jest w każdym razie uzasadnione.

**VI. Wnioski**

113. Proponuję zatem, aby Tribunal Arbitral Tribuátrio (sąd arbitrażowy ds. podatkowych, Portugalia) udzielił następującej odpowiedzi na pytania prejudycjalne:

Artykuł 63 TFUE nie stoi na przeszkodzie uregulowaniom krajowym, na podstawie których pobierany jest podatek u źródła od dywidend wypłacanych przez spółkę będącą rezydentem, jeżeli dywidendy te są wypłacane przedsiębiorstwu zbiorowego inwestowania niebędącemu rezydentem, które nie podlega opodatkowaniu podatkiem dochodowym od osób prawnych w państwie siedziby. Dotyczy to także wypadku, gdy od takich dywidend nie jest pobierany podatek dochodowy od osób prawnych, jeśli są one wypłacane przedsiębiorstwu zbiorowego inwestowania będącemu rezydentem, ale stosuje się inną metodę opodatkowania, aby zapewnić, że odpowiedni podatek dochodowy jest należny, dopiero gdy dywidendy są wypłacane inwestorowi, a do tego czasu zamiast takiego opodatkowania pobierany jest kwartalny podatek od całości aktywów netto przedsiębiorstwa zbiorowego inwestowania będącego rezydentem.