Zbiór Orzeczeń

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

Sprawa C-115/16

N Luxembourg 1
przeciwko
Skatteministeriet

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Østre Landsret (sąd apelacyjny regionu wschodniego, Dania)]

Odesłanie prejudycjalne – Dyrektywa 2003/49/WE w sprawie wspólnego systemu opodatkowania stosowanego do odsetek oraz należności licencyjnych między powiązanymi spółkami różnych państw członkowskich (zwana dyrektywą w sprawie odsetek i należności licencyjnych) – Pojęcie właściciela [odsetek] – Transakcje przeprowadzane we własnym imieniu na cudzy rachunek – Wpływ komentarzy do modelowej konwencji podatkowej OECD na wykładnię dyrektywy Unii – Nadużycie swobody kształtowania [stosunków między podatnikami] – Kryteria istnienia nadużycia polegającego na unikaniu opodatkowania u źródła – Nadużycie polegające na wykorzystywaniu deficytów systemu wymiany informacji między państwami – Bezpośrednie stosowanie nieprzetransponowanego przepisu dyrektywy – Zgodna z prawem Unii wykładnia krajowych zasad zapobiegania nadużyciom

I. Wprowadzenie

1. W tej sprawie – podobnie jak w trzech innych toczących się równolegle postępowaniach[2] – zwrócono się do Trybunału o rozstrzygnięcie, w jakich okolicznościach cywilnoprawny właściciel odsetek może zostać uznany za właściciela [odsetek] w rozumieniu dyrektywy o odsetkach i należnościach licencyjnych[3]. Ponadto należy wyjaśnić, czy przy dokonywaniu wykładni prawa Unii należy także uwzględnić komentarze Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD) do jej modelowych konwencji podatkowych, w szczególności, gdy zostały one zmienione po wydaniu dyrektywy. Pojawia się także pytanie dotyczące definicji i możliwości bezpośredniego stosowania zakazu nadużyć uregulowanego w prawie Unii.

2. Pytania te powstały na gruncie duńskiego sporu podatkowego, w przedmiocie którego administracja finansowa uważa, że unikanie duńskiego opodatkowania u źródła poprzez włączenie „kontrolowanej" spółki z innego państwa członkowskiego stanowi nadużycie prawa. Przez to unika się bowiem co do zasady ostatecznego obciążenia podatkiem u źródła w ramach struktury przedsiębiorstwa, mimo że

1 Język oryginału: niemiecki.

2 Są to sprawy C-118/16, C-119/16 (obie połączone z C-115/16) i C-299/16.

3 Dyrektywa Rady 2003/49/WE z dnia 3 czerwca 2003 r. w sprawie wspólnego systemu opodatkowania stosowanego do odsetek oraz należności licencyjnych między powiązanymi spółkami różnych państw członkowskich (Dz.U. 2003, L 157, s. 49 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 9, t. 1, s. 380).

odsetki w końcu wypłacane są na rzecz funduszu kapitałowego w państwie trzecim. Jeżeli owo państwo trzecie dodatkowo jeszcze zapobiega temu, aby informacja o wypłacie odsetek na rzecz inwestorów funduszy kapitałowych dotarła do państw ich rezydencji, może dojść nawet do nieopodatkowania dochodów inwestorów.

3. Wszystkie powyższe pytania dotyczą ostatecznie mającego zasadnicze znaczenie konfliktu, jaki istnieje w prawie podatkowym pomiędzy cywilnoprawną swobodą kształtowania [stosunków] pomiędzy podatnikami i zapobieganiem tworzeniu struktur, które są dopuszczalne pod względem cywilnoprawnym, lecz mimo to stanowią w pewnych okolicznościach nadużycie prawa. Mimo że problematyka ta istnieje już od zarania współczesnego prawa podatkowego, rozgraniczenie dopuszczalnego i niedopuszczalnego minimalizowania podatków nadal jest trudne. Kierowca, który po podniesieniu stawki podatku od samochodów osobowych ze względu na koszty sprzedaje swój samochód, na pewno celowo unika zapłacenia podatku od samochodów osobowych. Nie można w tym jednak upatrywać nadużycia prawa nawet wówczas, gdy wyłącznym motywem jego działania było zaoszczędzenie tego podatku.

4. Ze względu na wzburzenie politycznej atmosfery przeciwnej praktykom podatkowym stosowanym przez pewne międzynarodowe koncerny rozgraniczenie to nie jest łatwym zadaniem dla Trybunału, gdyż nie każde zachowanie jednostki mające na celu obniżenie podatków może zostać uznane za nadużycie.

II. Ramy prawne

A. Prawo Unii

5. Ramy prawa Unii dla niniejszego przypadku stanowi dyrektywa 2003/49 i art. 43, 48 i 56 WE (obecnie art. 49, 54 i 63 TFUE):

6. Motywy 1–6 dyrektywy 2003/49 brzmią następująco:

„(1) W ramach jednolitego rynku mającego cechy rynku krajowego transakcje między spółkami różnych państw członkowskich nie powinny podlegać bardziej niekorzystnym warunkom podatkowym niż warunki stosowane do tych samych transakcji przeprowadzanych między spółkami tego samego państwa członkowskiego.

(2) Wymaganie to nie jest obecnie spełnione w odniesieniu do odsetek oraz należności licencyjnych; krajowe ustawodawstwa podatkowe związane, tam gdzie jest to stosowne, z umowami dwustronnymi i wielostronnymi nie zawsze mogą zapewnić, aby podwójne opodatkowanie było zniesione oraz ich zastosowanie często powoduje w odniesieniu do zainteresowanych spółek uciążliwe formalności administracyjne oraz problemy w zakresie przepływu środków pieniężnych.

(3) Niezbędne jest zapewnienie, aby odsetki oraz należności licencyjne były opodatkowane w państwie członkowskim tylko raz.

(4) Zniesienie opodatkowania odsetek oraz należności licencyjnych w państwie członkowskim, w którym powstają, pobieranego przez potrącenie [pobór] u źródła lub poprzez jego naliczenie, jest najbardziej właściwym środkiem zniesienia wymienionych formalności i problemów oraz zapewnienia równości traktowania w zakresie opodatkowania między transakcjami krajowymi a transgranicznymi; zniesienie takich podatków jest szczególnie niezbędne w zakresie takich płatności dokonywanych między spółkami powiązanymi różnych państw członkowskich, jak również między stałymi zakładami takich spółek.

(5) Zasady te powinno stosować się tylko do kwoty, jeżeli istnieją, odsetek lub należności licencyjnych, która mogłaby być uzgodniona przez płatnika i właściciela tych płatności w przypadku braku szczególnych powiązań.

(6) Ponadto niezbędne jest, aby nie stawiać przeszkód dla państw członkowskich w przyjmowaniu właściwych środków mających na celu zwalczanie nadużyć finansowych".

7. Artykuł 1 ust. 1 dyrektywy 2003/49 stanowi, co następuje:

„Odsetki lub należności licencyjne powstające w państwie członkowskim są zwolnione z wszelkich podatków nałożonych na te płatności w tym państwie przez potrącenie [pobór] u źródła lub przez naliczenie, pod warunkiem że właściciel odsetek lub należności licencyjnych jest spółką innego państwa członkowskiego lub stałym zakładem spółki państwa członkowskiego znajdującym się w innym państwie członkowskim".

8. Artykuł 1 ust. 4 dyrektywy 2003/49 przewiduje ponadto:

„Spółkę państwa członkowskiego uznaje się za właściciela odsetek lub należności licencyjnych tylko wtedy, gdy otrzymuje ona te płatności dla własnej korzyści i nie jako pośrednik, taki jak przedstawiciel, powiernik lub upoważniony sygnatariusz, na rzecz innych osób".

9. Artykuł 1 ust. 7 dyrektywy 2003/49 stanowi:

„Niniejszy artykuł stosuje się tylko, jeżeli spółka, która jest płatnikiem, lub spółka, której zakład stały jest uznany za płatnika odsetek lub należności licencyjnych, jest spółką powiązaną ze spółką, która jest właścicielem tych płatności lub której zakład stały jest uznawany za właściciela tych odsetek lub należności licencyjnych".

10. Artykuł 5 dyrektywy 2003/49, zatytułowany „Nadużycia finansowe", zawiera następującą regulację:

„1. Niniejsza dyrektywa nie stanowi przeszkody w stosowaniu przepisów, krajowych lub opartych na umowach, niezbędnych do zapobiegania nadużyciom finansowym.

2. Państwa członkowskie mogą, w przypadku transakcji, których zasadniczą przyczyną lub jedną z zasadniczych przyczyn jest uchylenie się od podatków, unikanie płacenia podatków lub nadużycie, cofnąć korzyści wynikające z niniejszej dyrektywy lub odmówić zastosowania niniejszej dyrektywy".

B. Prawo międzynarodowe

11. Duńsko-luksemburska umowa o unikaniu podwójnego opodatkowania (zwana dalej „umową o unikaniu podwójnego opodatkowania") z dnia 17 listopada 1980 r. zawiera w art. 11 ust. 1 następujące postanowienia dotyczące podziału uprawnień w odniesieniu do opodatkowania odsetek:

„1. Odsetki, które powstają w umawiającym się państwie i są wypłacane osobie mającej miejsce zamieszkania lub siedzibę w drugim umawiającym się państwie, mogą być opodatkowane w tym drugim państwie tylko wówczas, gdy ta osoba jest »właścicielem« odsetek".

12. Z tego wynika, że państwo źródła, tu Dania, nie może opodatkować odsetek wypłacanych podmiotowi będącemu rezydentem w Luksemburgu, jeśli podmiot ten jest „właścicielem" odsetek. Pojęcie „właściciela" [odsetek] nie zostało zdefiniowane w umowie o unikaniu podwójnego opodatkowania.

C. Prawo duńskie

13. Zgodnie z przekazanymi przez sąd odsyłający informacjami duński stan prawny w latach, których dotyczy zawisły przed nim spór, został uregulowany w następujących przepisach.

14. W ustawie o opodatkowaniu spółek akcyjnych (zwanej dalej „ustawą o podatku dochodowym od osób prawnych”[4]), a konkretnie w jej § 2 ust. 1 lit. d) został uregulowany ograniczony obowiązek podatkowy spółek zagranicznych w zakresie dotyczącym odsetek otrzymanych (zaksięgowanych jako aktywa) od spółek duńskich bądź przez nie wypłaconych:

„§ 2. Zgodnie z niniejszą ustawą opodatkowaniu podlegają również spółki, stowarzyszenia i tym podobne w rozumieniu § 1 ust. 1, mające siedzibę za granicą, jeżeli […]

d) otrzymają odsetki ze źródeł krajowych z tytułu wierzytelności przysługującej [spółce prawa duńskiego] lub […] [zakładowi stałemu spółki zagranicznej] […] wobec zagranicznej osoby prawnej wskazanej w § 3B Skattekontrollov (ustawy o kontroli podatkowej) (wierzytelność kontrolowana). […] Ten obowiązek podatkowy nie dotyczy odsetek, które nie są opodatkowane lub w przypadku których stawka podatkowa została obniżona na podstawie dyrektywy 2003/49 w sprawie wspólnego systemu opodatkowania stosowanego do odsetek oraz należności licencyjnych między powiązanymi spółkami różnych państw członkowskich lub na podstawie umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania z Wyspami Owczymi, Grenlandią lub państwem, w którym spółka otrzymująca [odsetki] itd. ma siedzibę. Zasada ta obowiązuje jednak tylko wówczas, gdy spółka wypłacająca [odsetki] i spółka je otrzymująca w nieprzerwanym okresie co najmniej jednego roku, w ciągu którego dokonano wypłaty, są powiązane w rozumieniu tej dyrektywy[…]”.

15. W konsekwencji w 2007 r. ograniczony obowiązek podatkowy nie obejmował zapłaconych na rzecz spółki dominującej odsetek, które na podstawie dyrektywy 2003/49 lub umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania nie podlegają opodatkowaniu lub podlegają opodatkowaniu po obniżonej stawce.

16. Natomiast w przypadku istnienia, zgodnie z § 2 ust. 1 lit. d) ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ograniczonego obowiązku podatkowego z tytułu odsetek wypłacanych z Danii, na podstawie duńskiej ustawy o opodatkowaniu u źródła[5] podmiot dokonujący wypłaty odsetek zgodnie z § 65 D ma obowiązek poboru podatku u źródła („podatek od odsetek”).

17. W latach podatkowych 2006 i 2007 stawka [tego podatku] wynosiła 30%, zaś w roku podatkowym 2008 – 25%. W razie zwłoki w odprowadzeniu pobranego u źródła podatku (w przypadku ograniczonego obowiązku podatkowego) wymagalne są odsetki od zaległości podatkowej [§ 66B ustawy o opodatkowaniu u źródła)]. Podmiotem odpowiedzialnym za zapłatę tych odsetek za zwłokę jest podmiot zobowiązany do poboru podatku.

18. W latach 2006–2008 w Danii nie istniał żaden powszechnie obowiązujący przepis ustawowy dotyczący zwalczania nadużyć. Natomiast w orzecznictwie została rozwinięta tzw. doktryna realizmu, zgodnie z którą opodatkowania należy dokonywać na podstawie przeprowadzanej na potrzeby konkretnego przypadku oceny jego okoliczności faktycznych. Oznacza to m.in., że w określonych okolicznościach można nie uwzględniać fikcyjnych i sztucznych struktur podatkowych i zamiast tego dokonać opodatkowania, kierując się rzeczywistością („substance-over-form”, przewaga treści nad formą). Strony zgadzają się jednak co do tego, że doktryna realizmu nie może stanowić podstawy do nieuwzględnienia czynności prawnych dokonanych w niniejszej sprawie.

4 Bekendtgørelse af lov om indkomstbeskatning af aktieselskaber m.v., selskabsskatteloven -Lovbekendtgørelse nr. 1037 af 24. August 2007 (ustawa nr 1037 z dnia 24 sierpnia 2007 r.).

5 Kildeskatteloven – Lovbekendtgørelse nr. 1086 af 14. November 2005 (ustawa nr 1086 z dnia 14 listopada 2005 r.).

19. Ponadto w duńskim orzecznictwie została rozwinięta tzw. zasada „podmiotu faktycznie uzyskującego dochód". Zasada ta jest oparta na podstawowej regule opodatkowania dochodów ustanowionej w § 4 statsskattelov (duńskiej ustawy o ordynacji podatkowej) i stanowi, że organy administracji podatkowej nie mają obowiązku akceptowania sztucznego podziału pomiędzy zakładem/działalnością przynoszącą dochody a podmiotem, któremu przyporządkowane są dochody pochodzące z tej działalności. Należy zatem ustalić – niezależnie od formalnej zewnętrznej struktury przedsiębiorstwa – kto jest rzeczywistym odbiorcą określonego dochodu i tym samym podlega obowiązkowi podatkowemu. Powstaje tu również kwestia tego, komu można przypisać dochód dla celów podatkowych. „Podmiotem rzeczywiście uzyskującym dochód" jest więc podmiot podlegający opodatkowaniu z tytułu tych dochodów.

III. Spór w postępowaniu głównym

20. Kilka funduszy kapitałowych z siedzibą w państwie trzecim, mających na celu przejęcie spółki T Danmark (dużego duńskiego usługodawcy), założyło kilka spółek w Danii i Luksemburgu, między innymi także spółkę N Danmark 1 (z siedzibą w Danii), skarżącą w postępowaniu głównym (w międzyczasie przekształconą w N Luxembourg 1).

21. Przejęcie spółki T Danmark zostało między innymi sfinansowane za pomocą środków pożyczonych spółce N Danmark 1 przez fundusze kapitałowe [6]. Pożyczki te składały się ze szczególnego rodzaju wydanych przez spółkę N Danmark 1 obligacji korporacyjnych, tak zwanych Preferred Equity Certificates (zwanych dalej „PECs"). Ogólnie rzecz biorąc, PECs stanowią instrument finansowy przypominający oprocentowane obligacje korporacyjne. W ten sposób nabywcy PECs stali się pożyczkodawcami w stosunku do ich wystawcy. Odsetki z tytułu PECs od chwili ich wystawienia w dniu 21 grudnia 2005 r. do lata 2008 r. były płacone/zapisywane na rzecz funduszy kapitałowych. Spółka N Danmark 1 nabyła przy pomocy środków tak pożyczonych od funduszy kapitałowych z państw trzecich na koniec 80% kapitału akcyjnego spółki T Danmark.

22. Następnie (w kwietniu 2006 r.) utworzone wcześniej spółki luksemburskie założyły spółkę C Luxembourg (z siedzibą w Luksemburgu). Wiosną 2006 r. nastąpiła wymiana akcji, w ramach której wszystkie udziały spółki N Danmark 1 zostały przeniesione na spółkę C Luxembourg, która tym samym stała się jedyną spółką dominującą duńskiej spółki. Spółka A Luxembourg Holding (spółka zależna funduszy kapitałowych), która również ma siedzibę w Luksemburgu, została na początku 2006 r. pośrednio, a pod koniec 2007 r. – bezpośrednio właścicielem spółki C Luxembourg.

23. W kwietniu 2006 r. PECs zostały przeniesione przez fundusze kapitałowe najpierw na spółkę A Luxembourg Holding i przez nią tego samego dnia na spółkę C Luxembourg (spółkę dominującą wobec spółki N Danmark 1), która stała się zatem wierzycielem z tytułu tych wystawionych PECs.

24. Płatności dokonywane w związku z cesją PECs następowały każdorazowo poprzez zawarcie oprocentowanych umów pożyczki w odpowiedniej wysokości. Spółki C Luxembourg i A Luxembourg Holding podlegają nieograniczonemu obowiązkowi podatkowemu w Luksemburgu. Odsetki z tytułu PECs są wypłacane przez spółkę N Danmark 1 na rzecz spółki C Luxembourg, która przeznacza owe wypłaty odsetek na obsługę swoich zobowiązań odsetkowych wobec A Luxembourg Holding, a ta z kolei na obsługę swoich zobowiązań odsetkowych wobec funduszy kapitałowych.

25. W okresie od 2006 r. do lata 2008 r. stawka odsetek, którą spółka N Danmark 1 była zobowiązana płacić na rzecz spółki C Luxembourg wynosiła 10%, podczas gdy stawka odsetek należnych od spółki C Luxembourg na rzecz spółki A Luxemburg Holding wynosiła 9,96875%. Spółka A Luxembourg Holding była zobowiązana do [zapłaty] odsetek na rzecz funduszy kapitałowych również w wysokości

6 Zaangażowani byli w nie także inni inwestorzy, tacy jak banki i towarzystwa ubezpieczeniowe.

9,96875%. To się zmieniło w dniu 9 lipca 2008 r. Teraz stawka odsetek, którą spółka C Luxembourg była zobowiązana płacić, wynosiła 10% (tyle samo co stawka odsetek, którą otrzymywała od spółki N Danmark 1), podczas gdy spółka A Luxembourg Holding nadal była zobowiązana wobec funduszy kapitałowych do 9,96875%.

26. W latach 2006–2008 spółki C Luxembourg i A Luxembourg Holding wykazywały dalsze koszty operacyjne (to jest bez kosztów odsetkowych) rocznie w kwotach sześciocyfrowych. Owe wydatki dotyczyły między innymi wynagrodzeń, płatności czynszu najmu, kosztów utrzymania biura i wydatków na zewnętrzne doradztwo. W latach 2007 i 2008 obie spółki zatrudniały przeciętnie jednego do dwóch współpracowników w niepełnym wymiarze czasu pracy. Obie miały zgodnie z rejestrem siedzibę pod tym samym adresem. Adres ten jest również wykorzystywany przez spółki bezpośrednio związane z funduszami kapitałowymi.

27. Spółki te nie miały żadnych dodatkowych źródeł płynności finansowej poza jedną tylko kwotą otrzymaną od spółki N Danmark 1 w dniu 6 grudnia 2006 r. w związku z wypłatą odsetek i obsługą zadłużenia. Jedynym aktywem spółki C Luxembourg, poza udziałami w spółce N Danmark 1, jest wierzytelność związana z PECs wydanymi przez tę samą spółkę.

28. Żaden z funduszy kapitałowych nie ma siedziby w państwie członkowskim Unii lub w państwie, z którym Dania zawarła umowę o unikaniu podwójnego opodatkowania. Zgodnie z informacją udzieloną przez skarżącą na rozprawie w postępowaniu głównym fundusze te są uznawane za spółki transparentne[7] podatkowo. Spółka N Danmark 1 poinformowała, że ostatecznie inwestorzy stojący za funduszami kapitałowymi w ogromnej większości mają siedziby lub miejsce zamieszkania w państwach, z którymi Dania zawarła odpowiednie umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania.

29. W 2011 r. SKAT (duńska administracja podatkowa) wydała decyzję w przedmiocie poboru od skarżącej (wtedy jeszcze spółki N Danmark 1, obecnie spółki N Luxembourg 1) podatku u źródła za lata podatkowe 2006–2008 na łączną kwotę 925 764 961 DKK (duńskich koron). Zdaniem SKAT obie luksemburskie spółki (C Luxembourg i A Luxembourg Holding) nie były „właścicielami" odsetek, tylko działały jako spółki pośredniczące. Odsetki przepływały z duńskiej części grupy przez dwie luksemburskie spółki dalej do funduszy kapitałowych. SKAT stwierdził dlatego, że podatek u źródła od zapłaconych i zaksięgowanych odsetek powinien był zostać pobrany. Ponieważ to nie nastąpiło, skarżąca jest odpowiedzialna za niepobrany u źródła podatek.

30. Spółka N Luxembourg 1 zaskarżyła wydaną przez SKAT decyzję przed Landsskatteretten [krajową komisją podatkową, stanowiącą w ramach duńskiej administracji podatkowej organ odwoławczy]. Ponieważ Landsskatteretten nie wydał rozstrzygnięcia w ciągu 6 miesięcy od wniesienia skargi, skarżąca zwróciła się bezpośrednio do Østre Landsret (sądu apelacyjnego regionu wschodniego, Dania).

31. Østre Landsret (sąd apelacyjny regionu wschodniego) postanowił przeprowadzić postępowanie o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

7 W ten sposób zostaje opisany fakt, że spółka może wprawdzie działać w obrocie prawnym, jednak z podatkowego punktu widzenia zysk tej spółki zostaje proporcjonalnie przypisany nie jej, lecz bezpośrednio jej wspólnikom i to oni muszą go opodatkować. W konsekwencji co do zasady krajem proporcjonalnie opodatkowującym „dochody spółki" (tu dochody z tytułu odsetek funduszy kapitałowych) nie jest kraj rezydencji spółki, lecz kraj rezydencji wspólników.

IV. Postępowanie przed Trybunałem

32. Østre Landsret (sąd apelacyjny regionu wschodniego) zwrócił się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy art. 1 ust. 1 dyrektywy 2003/49/ w związku z jej art. 1 ust. 4 należy interpretować w ten sposób, że objęta zakresem zastosowania art. 3 tej dyrektywy spółka będąca rezydentem państwa członkowskiego, która w okolicznościach takich jak okoliczności rozpatrywanej sprawy otrzymuje odsetki od spółki [zależnej] z innego państwa członkowskiego, jest »właścicielem« tych odsetek w rozumieniu tej dyrektywy?

1.1) Czy pojęcie »właściciela [odsetek]« użyte w art. 1 ust. 1 dyrektywy 2003/49 w związku z jej art. 1 ust. 4 należy interpretować zgodnie z odpowiadającym mu pojęciem użytym w art. 11 modelowej konwencji podatkowej z 1977 r.?

1.2) Jeśli na pytanie 1.1 należy odpowiedzieć twierdząco, czy pojęcie to należy zatem interpretować jedynie z uwzględnieniem komentarzy do tego art. 11 modelowej konwencji podatkowej z 1977 r. (pkt 8), czy też przy dokonywaniu tej wykładni można zastosować późniejsze komentarze, m.in. te dokonane w dodatkach z 2003 r. w przedmiocie »spółek pośredniczących« (pkt 8.1, obecnie pkt 10.1), czy też te dokonane w dodatkach z 2014 r. w przedmiocie »obowiązków umownych i wynikających z przepisów prawnych« (pkt 10.2)?

1.3) Jeśli komentarze z 2003 r. mogą zostać zastosowane przy dokonywaniu tej wykładni, czy warunkiem uznania spółki za niebędącą »właścicielem [odsetek]« w rozumieniu dyrektywy 2003/49 jest stwierdzenie rzeczywistego przepływu środków do podmiotu uznanego w państwie, w którym spółka dokonująca wypłaty odsetek jest rezydentem, za »właściciela« rozpatrywanych odsetek, a jeśli tak – czy dalszym warunkiem tego uznania jest stwierdzenie, że ten rzeczywisty przepływ miał miejsce w ścisłym związku czasowym z wypłatą odsetek, czy też miał postać wypłaty odsetek?

1.3.1) Jakie znaczenie ma w tym względzie to, czy pożyczka została udzielona za pomocą kapitału akcyjnego, czy rozpatrywane odsetki są dopisywane do kapitału (»rolled-up«), czy spółka otrzymująca odsetki przekazała je następnie w obrębie grupy do będącej rezydentem w tym samym państwie członkowskim spółki dominującej, mając na celu optymalizację wyników pod względem podatkowym zgodnie z obowiązującymi w tym państwie przepisami, czy rozpatrywane odsetki zostały następnie przekształcone w kapitał spółki udzielającej pożyczki, czy odbiorca odsetek ma umowny lub wynikający z przepisów prawa obowiązek przekazania ich innemu podmiotowi oraz to, czy znaczna część podmiotów uznanych w państwie, w którym spółka dokonująca wypłaty odsetek jest rezydentem, za »właścicieli odsetek« jest rezydentami w innych państwach trzecich, również państwach członkowskich, z którymi Dania zawarła umowę o unikaniu podwójnego opodatkowania, efektem czego zgodnie z duńskim ustawodawstwem nie ma podstawy do pobrania podatku u źródła, jeśli te podmioty były pożyczkodawcami i otrzymały odsetki w sposób bezpośredni?

1.4) Jakie znaczenie dla rozpatrzenia kwestii, czy spółkę otrzymującą odsetki można uznać za ich »właściciela« w rozumieniu dyrektywy ma to, że sąd odsyłający po dokonaniu oceny okoliczności faktycznych stwierdzi, iż spółka otrzymująca odsetki – pomimo że nie jest ani umownie, ani na podstawie przepisów prawa zobowiązana do dalszego przekazania otrzymanych odsetek innemu podmiotowi – nie ma »pełnego« prawa do »korzystania i pobierania korzyści« z odsetek, o którym mowa w sporządzonych w 2014 r. komentarzach do modelowej konwencji podatkowej z 1977 r.?

2) Czy powołanie się przez państwo członkowskie na art. 5 ust. 1 dyrektywy 2003/49 o stosowaniu w przypadku zwalczania nadużyć przepisów krajowych czy też na art. 5 ust. 2 tej dyrektywy wiąże się z przyjęciem założenia, że to państwo członkowskie przyjęło szczególny przepis wykonawczy do art. 5 dyrektywy, czy też że w tym prawie krajowym ustanowione zostały powszechnie obowiązujące przepisy czy też zasady dotyczące nadużyć i oszustw podatkowych oraz uchylania się od opodatkowania, które mogą być interpretowane zgodnie z tym art. 5?

2.1) Jeśli na pytanie drugie należy odpowiedzieć twierdząco, czy § 2 ust. 2 lit. d) duńskiej ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, zgodnie z którym ograniczony obowiązek podatkowy w zakresie dochodu z odsetek nie obejmuje »odsetek zwolnionych z opodatkowania […] z tytułu dyrektywy 2003/49 w sprawie wspólnego systemu opodatkowania stosowanego do odsetek oraz należności licencyjnych między powiązanymi spółkami różnych państw członkowskich«, można uznać za taki szczególny krajowy przepis, o którym mowa w art. 5 dyrektywy?

3) Czy postanowienie zawarte w podpisanej przez dwa państwa członkowskie umowie o unikaniu podwójnego opodatkowania sporządzonej zgodnie z modelową konwencją OECD, zgodnie z którą opodatkowanie odsetek jest uzależnione od tego, czy spółkę otrzymującą odsetki można uznać za ich właściciela, stanowi oparty na umowie przepis niezbędny do zapobiegania nadużyciom finansowym, o którym mowa w art. 5 dyrektywy?

4) Czy zgodnie z dyrektywą 2003/49 mamy do czynienia z nadużyciem, w sytuacji gdy w państwie członkowskim, w którym spółka dokonująca wypłaty odsetek jest rezydentem, odliczanie podatku w przypadku odsetek jest dozwolone, a odsetki te nie podlegają opodatkowaniu w tym państwie członkowskim, w którym rezydentem jest spółka je otrzymująca?

5) Czy państwo członkowskie, które nie chce uznać tego, że spółka z innego państwa członkowskiego jest właścicielem odsetek, i podnosi, że ta spółka z innego państwa członkowskiego jest sztucznie stworzoną spółką pośredniczącą, jest zgodnie z dyrektywą 2003/49 czy też art. 10 WE zobowiązane do udzielenia informacji, kogo w tej sytuacji państwo to uznaje za właściciela [odsetek]?

6) Jeśli będąca rezydentem w danym państwie członkowskim spółka (dominująca) nie może w danym przypadku zostać uznana, w związku z dyrektywą 2003/49, za zwolnioną z opodatkowania u źródła odnośnie odsetek otrzymanych od spółki (zależnej) będącej rezydentem w innym państwie członkowskim, a spółka dominująca w tym drugim państwie członkowskim jest uznana za objętą w nim w zakresie tych odsetek ograniczonym obowiązkiem podatkowym, czy art. 43 WE w związku z art. 48 WE wyklucza ustawodawstwo, zgodnie z którym to drugie państwo członkowskie nakłada na (zależną) spółkę zobowiązaną do potrącenia [poboru] podatku u źródła wymóg uiszczenia odsetek za zwłokę o wyższej stawce niż stawka odsetek za zwłokę wymaganych w państwie członkowskich w przypadku skierowania wierzytelności podatkowej dotyczącej podatku dochodowego od osób prawnych (obejmującej m. in. dochód z odsetek) wobec spółki będącej rezydentem tego samego państwa członkowskiego?

7) Jeśli będąca rezydentem w danym państwie członkowskim spółka (dominująca) nie może w danym przypadku zostać uznana, w związku z dyrektywą 2003/49, za zwolnioną z opodatkowania u źródła odnośnie do odsetek otrzymanych od spółki (zależnej) będącej rezydentem w innym państwie członkowskim, a spółka dominująca w tym drugim państwie członkowskim jest uznana w tym

państwie członkowskim odnośnie tych odsetek za podatnika objętego ograniczonym obowiązkiem podatkowym, czy art. 43 WE w związku z art. 48 WE (bądź też art. 56 WE), razem lub każdy z osobna, wyklucza ustawodawstwo, zgodnie z którym:

a) to inne państwo członkowskie nakłada na spółkę wypłacającą odsetki obowiązek potrącenia [poboru] podatku od odsetek u źródła oraz odpowiedzialność wobec organów publicznych za niepobrany u źródła podatek, jeśli nie ma takiego obowiązku potrącenia [poboru] podatku u źródła, w przypadku gdy spółka otrzymująca odsetki jest rezydentem w tym innym państwie członkowskim?

b) spółka dominująca w tym innym państwie członkowskim nie ma obowiązku płacenia zaliczek na podatek dochodowy od osób prawnych przez dwa pierwsze lata podatkowe, lecz może zacząć płacić ten podatek dopiero znacznie później niż data wymagalności podatku potrącanego [pobieranego] u źródła?

Trybunał jest proszony o udzielenie odpowiedzi na pytanie siódme łącznie z odpowiedzią na pytanie szóste".

33. Na mocy postanowienia z dnia 13 lipca 2016 r. sprawy C-115/16, C-118/16 i C-119/16 zostały połączone. W ramach postępowania w tych sprawach połączonych pisemne uwagi w przedmiocie pytań prejudycjalnych przedstawiły spółka N Luxembourg 1, spółka X Denmark A/S, spółka C Danmark I, Królestwo Danii, Republika Federalna Niemiec, Wielkie Księstwo Luksemburga, Królestwo Szwecji, Republika Włoska, Królestwo Niderlandów i Komisja Europejska. W rozprawie w dniu 10 października 2017 r., która dotyczyła również spraw C-116/16, C-117/16 i C-299/16, uczestniczyły N Luxembourg 1, X Denmark A/S, C Danmark I, Królestwo Danii, Republika Federalna Niemiec, Wielkie Księstwo Luksemburga i Komisja Europejska.

V. Ocena prawna

A. W przedmiocie określenia właściciela [odsetek] (pytanie pierwsze pkt 1–4)

34. Zadając pytania pierwsze pkt 1–4, które należy przeanalizować łącznie, sąd odsyłający pyta w istocie o to, jak należy interpretować pojęcie „właściciela [odsetek]" w art. 1 ust. 1 w związku z art. 1 ust. 4 dyrektywy 2003/49. W tym celu należy ustalić pojęcie „właściciela [odsetek]" w rozumieniu dyrektywy 2003/49 (śródtytuł 1) i następnie zbadać wpływ, jaki ma na jego wykładnię modelowa konwencja OECD (zwana dalej „modelową konwencją OECD") i komentarze do niej (tzw. komentarze modelowe OECD) (śródtytuł 2).

1. Pojęcie „właściciela [odsetek]" w rozumieniu dyrektywy 2003/49

35. Dyrektywa 2003/49 ma zapewnić równość traktowania w zakresie opodatkowania transakcji krajowych i transgranicznych między spółkami powiązanymi.

a) Zasada: wierzyciel z tytułu odsetek jako właściciel [odsetek]

36. Celem art. 1 ust. 1 dyrektywy 2003/49 w związku z motywami 2–4 tej dyrektywy jest unikanie podwójnego opodatkowania transgranicznych wypłat odsetek poprzez ustanowienie zakazu opodatkowania odsetek w państwie źródła na niekorzyść właściciela tych odsetek. Wskazany przepis dotyczy zatem wyłącznie sytuacji podatkowej wierzyciela z tytułu odsetek [8].

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

37. Wierzycielem z tytułu odsetek jest ten, komu zgodnie z przepisami prawa cywilnego przysługuje roszczenie do uzyskania tych odsetek we własnym imieniu. W tym względzie z orzecznictwa Trybunału wynika, że właścicielem [odsetek] w rozumieniu dyrektywy 2003/49 jest co do zasady ten, kto pod względem cywilnoprawnym jest uprawniony do żądania zapłaty odsetek [9].

38. Potwierdza to art. 1 ust. 4 dyrektywy 2003/49, który wyklucza uznanie za właściciela [odsetek] przedstawiciela, powiernika lub upoważnionego sygnatariusza. Wskazane tam osoby podnoszą to roszczenie albo nie we własnym imieniu (tak w przypadku przedstawiciela lub upoważnionego sygnatariusza) albo wprawdzie we własnym imieniu, ale nie na własną rzecz (tak w przypadku powiernika). Można z tego wnioskować, a contrario, że w przypadku gdy odbiorca odsetek pobiera odsetki we własnym imieniu i na własną rzecz (to znaczy dla własnej korzyści), jest właścicielem [odsetek].

39. Sąd odsyłający informuje, że spółka C Luxembourg stała się właścicielem PECs. Tak więc pobiera także odsetki we własnym imieniu. Rozstrzygające znaczenie ma zatem kwestia tego, czy pobiera ona owe odsetki na własną rzecz czy na cudzą rzecz. Na własną rzecz działa ktoś, kto samodzielnie może decydować o sposobie wykorzystania odsetek i także samodzielnie ponosi ryzyko straty. Na cudzą rzecz działa tymczasem ktoś, kto jest związany z osobą trzecią w taki sposób, że to owa osoba trzecia w efekcie ponosi ryzyko straty (w niniejszym przypadku odsetek).

b) Wyjątek: powiernik

40. Jak wynika z art. 1 ust. 4 dyrektywy 2003/49, cywilnoprawny właściciel czy też wierzyciel z tytułu odsetek nie byłby właścicielem [odsetek] w rozumieniu dyrektywy, gdyby działał tylko jako powiernik.

41. Należy wykluczyć jawne powiernictwo spółki C Luxembourg na rzecz spółki A Luxembourg Holding lub funduszy kapitałowych. Wprawdzie w przypadku powiernika prawa majątkowe zostają przeniesione na jego rzecz, jednak powiernik może z nich korzystać tylko zgodnie z umową powiernictwa. Umowa ta skutkuje tym, że uprawnienia powiernika w stosunku zewnętrznym są szersze niż jego powiernicza więź prawna w stosunku wewnętrznym wobec powierzającego. W zakresie obowiązywania tej szczególnej więzi powiernik działa wprawdzie jeszcze we własnym imieniu, ale już nie na własną rzecz. W niniejszej sprawie nie można stwierdzić [istnienia] takiej więzi.

42. Ocena tego, czy w niniejszej sprawie, uwzględniając genezę i stopień bliskości zaangażowanych spółek, można stwierdzić występowanie, z gospodarczego punktu widzenia, ewentualnego tajnego powiernictwa spółki C Luxembourg na rzecz spółki A Luxembourg Holding lub funduszy kapitałowych, należy wyłącznie do sądu odsyłającego w ramach przeprowadzanej przezeń oceny całościowej. Trybunał może jednakże udzielić przydatnych w tym celu wskazówek.

43. Umownie uzgodnione refinansowanie u podmiotu trzeciego na podobnych warunkach i w pewnym związku czasowym, takie jak to rozpatrywane w niniejszej sprawie, samo w sobie nie wystarcza do tego, aby można było uznać, że istnieje więź powiernictwa. Również dyrektywa 2003/49 w art. 1 ust. 7, a także motywie 4 przyjmuje założenie istnienia pewnego powiązania prawno-handlowego, które jako takie – czyli rozpatrywane odrębnie – nie może mieć żadnego wpływu na ustalenie, kto jest właścicielem [odsetek]. Podkreśla to jeszcze motyw 5 i art. 4 ust. 2 dyrektywy 2003/49, który także w przypadku „szczególnych powiązań" między płatnikiem a właścicielem [odsetek] przewiduje tylko korektę wysokości, jednakże nie kwestionuje faktu bycia płatnikiem lub właścicielem [odsetek]. Stąd powiernictwo w rozumieniu art. 1 ust. 4 dyrektywy 2003/49 wykracza poza umowę pożyczki między powiązanymi w oparciu o prawo spółek przedsiębiorstwami.

9 Wyrok z dnia 21 lipca 2011 r., Scheuten Solar Technology (C-397/09, EU:C:2011:499, pkt 27): „Artykuł 2 lit. a) dyrektywy 2003/49 definiuje odsetki jako »przychód z wszelkiego rodzaju wierzytelności«. Tylko rzeczywisty wierzyciel może zaś otrzymywać odsetki stanowiące przychód z takich wierzytelności".

44. Musiałaby raczej istnieć ściślejsza więź w stosunku wewnętrznym (to jest w stosunku funduszy kapitałowych wobec spółki A Luxembourg Holding lub pomiędzy spółką C Luxembourg a spółką A Luxembourg Holding), która ograniczałaby istniejące na zewnątrz uprawnienia spółki C Luxembourg i spółki A Luxembourg Holding. Jak dotąd nie można stwierdzić istnienia takiej więzi prawnej. W każdym razie nie można stwierdzić jej istnienia tylko dlatego, że dla celów pożyczki używany jest kapitał własny lub że odsetki doliczane są do [kwoty] długu głównego lub zamieniane są u odbiorcy w kapitał własny.

45. Moim zdaniem byłoby jednak inaczej, gdyby na przykład znaczne wydatki spółek luksemburskich nie mogły zostać pokryte z dochodów z tytułu odsetek, lecz gdyby odsetki powinny były zostać w całości przekazane dalej. Inaczej byłoby również, gdyby stawka odsetek refinansowania i otrzymana stawka odsetek były identyczne albo włączona spółka nie generowała żadnych kosztów własnych, które należałoby pokryć z jej dochodu z odsetek. Inaczej byłoby również, jeżeli ryzyko niewypłacalności spółki z siedzibą w Danii (spółki N Danmark 1, obecnie N Luxembourg 1) było ponoszone wyłącznie przez fundusze kapitałowe, w tym przypadku bowiem dług z tytułu pożyczki spółki luksemburskiej wygasa także wobec funduszy kapitałowych. Tylko sąd odsyłający może rozstrzygnąć, czy zachodzą takie okoliczności.

46. Niemniej jednak, jeżeli sąd odsyłający na podstawie całokształtu okoliczności tej sprawy przyjmie istnienie takiej powierniczej więzi, zgodnie z brzmieniem art. 1 ust. 4 dyrektywy 2003/49 powierzający byłby jednak właścicielem [odsetek] w rozumieniu dyrektywy 2003/49. Jeżeli wypłata przez powiernika odsetek na rzecz powierzającego także spełnia wymogi określone w dyrektywie 2003/49, zwolnienie z opodatkowania u źródła nadal znajdowałoby zastosowanie.

c) Wnioski odnośnie do pytania pierwszego pkt 4

47. Dlatego na pytanie pierwsze pkt 4 należy odpowiedzieć, że spółka mająca siedzibę w innym państwie członkowskim będąca właścicielem podlegającej oprocentowaniu wierzytelności, jest właścicielem [odsetek] w rozumieniu art. 1 ust. 1 dyrektywy 2003/49. Inaczej jest wówczas, gdy spółka ta nie działa we własnym imieniu i na własną rzecz, lecz na podstawie (ewentualnie tajnej) więzi powierniczej, na cudzą rzecz dla osoby trzeciej. Wówczas to tę osobę trzecią należałoby traktować jak właściciela [odsetek]. To ostatnie musi ocenić sąd odsyłający w ramach przeprowadzanej przezeń całościowej oceny okoliczności sprawy.

2. Wykładnia zgodnie z komentarzami do konwencji modelowej OECD? (pytanie pierwsze pkt 1–3)

48. Zadając pytanie pierwsze pkt 1–3, sąd odsyłający zmierza w szczególności do ustalenia, czy w celu dokonania wykładni pojęć użytych w dyrektywie 2003/49 należy także sięgać do komentarzy do modelowej konwencji OECD, a jeśli tak, to czy również do komentarzy do modelowej konwencji OECD sporządzonych po wydaniu dyrektywy.

49. W późniejszych komentarzach do modelowej konwencji OECD (na przykład z 2008 r. w pkt 8 i 9) tak zwanych spółek pośredniczących zwykle nie traktuje się jak właścicieli [odsetek], jeżeli – mimo, że formalnie są właścicielami [odsetek] – praktycznie mają bardzo ograniczone uprawnienia, które czynią z nich w odniesieniu do spornych dochodów powiernika lub zarządcę działającego na rzecz zainteresowanych podmiotów.

50. Modelowe konwencje OECD nie są prawnie wiążącymi, wielostronnymi umowami międzynarodowymi, lecz jednostronnymi aktami organizacji międzynarodowej mającymi postać zaleceń adresowanych do jej państw członkowskich. Również z punktu widzenia OECD owe zalecenia nie są wiążące, zgodnie z kodeksem postępowania OECD jej państwa członkowskie są raczej

zobowiązane sprawdzać, czy uważają ich przestrzeganie za rozsądne [10] – tym bardziej w przypadku komentarzy do nich wydawanych przez OECD, które ostatecznie zawierają jedynie opinie prawne.

51. Jednakże zgodnie z utrwalonym orzecznictwem należy uznać za wskazane, aby państwa członkowskie, celem wypracowania zrównoważonego podziału kompetencji podatkowych, do którego są zobowiązane, wzorowały się na międzynarodowej praktyce odzwierciedlonej w modelowych konwencjach [11]. To dotyczy również uwzględniania międzynarodowego poglądu prawnego, który może znaleźć odzwierciedlenie w komentarzach do konwencji modelowej OECD.

52. Jednakże komentarze do konwencji modelowych OECD nie mogą mieć bezpośredniego wpływu na wykładnię dyrektywy Unii, nawet jeżeli używane w nich pojęcia miałyby być identyczne. Komentarze te odzwierciedlają tylko poglądy tych, którzy wypracowali konwencje modelowe OECD, nie zaś poglądy prawodawców parlamentarnych bądź prawodawcy Unii. W każdym razie, jeżeli – i tylko wtedy, gdy – z brzmienia lub genezy dyrektywy wynika, że prawodawca Unii wzorował się na brzmieniu konwencji modelowej OECD i (ówczesnych) komentarzach do takiej konwencji modelowej OECD, wskazane byłoby przyjęcie idącej w tym kierunku wykładni.

53. Dlatego Trybunał stwierdził już, że postanowienie umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania interpretowane w świetle komentarza OECD do jej modelowej konwencji podatkowej nie może ograniczać prawa Unii [12]. Dotyczy to w szczególności zmian modelowej konwencji podatkowej OECD i komentarzy, które zostały dokonane po wydaniu dyrektywy. W przeciwnym razie wykładnia dyrektywy Unii pozostawałaby w rękach umawiających się państw OECD.

54. Jeżeli jednak komentarze OECD nie mają bezpośredniej mocy wiążącej, zaś w art. 1 ust. 4 dyrektywy 2003/49 zostało wprowadzone rozróżnienie na podstawie tego, czy wierzyciel otrzymuje płatności na własną rzecz, czy też jako powiernik, wówczas ta kwestia pozostaje rozstrzygającą (z punktu widzenia prawa Unii) dla uznania za właściciela [odsetek] w rozumieniu art. 1 ust. 1 dyrektywy 2003/49. W razie gdy nie mamy do czynienia z (ewentualnie utajnionym) powiernictwem, właścicielem [odsetek] zgodnie z dyrektywą 2003/49 jest cywilnoprawny właściciel roszczenia. Ostatecznie podejście to jest podobne do tego przyjętego w nowszych komentarzach do modelowej konwencji podatkowej OECD.

55. Stąd na pytanie pierwsze pkt 1–2 można odpowiedzieć, że pojęcie właściciela [odsetek] podlega autonomicznej wykładni prawa Unii, niezależnej od komentarzy do art. 11 modelowej konwencji podatkowej OECD z 1977 r. i wprowadzonych do niej później zmian. Nie ma więc potrzeby udzielania odpowiedzi na pytanie pierwsze pkt 3.

B. Kryteria pozwalające uznać, że doszło do nadużycia (pytanie czwarte)

56. W ramach pytania czwartego sąd odsyłający zastanawia się w istocie, czy w przypadku struktury takiej jak ta rozpatrywana w niniejszej sprawie, której celem jest między innymi uniknięcie opodatkowania u źródła w Danii, można przyjąć, że dochodzi do nadużycia w rozumieniu art. 5 dyrektywy 2003/49.

10 Zasada 18 lit. b) kodeksu postępowania OECD: „Recommendations of the Organisation, made by the Council in accordance with Articles 5, 6 and 7 of the Convention, shall be submitted to the Members for consideration in order that they may, if they consider it opportune, provide for their implementation". Tekst dostępny pod adresem: https://www.oecd.org/legal/rules%20of%20Procedure%20OECD%20Oct%202013.pdf.

11 Wyroki: z dnia 15 maja 2008 r., Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, pkt 22), z dnia 13 marca 2007 r., Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, pkt 49); z dnia 7 września 2006 r., N (C-470/04, EU:C:2006:525, pkt 45); z dnia 12 maja 1998 r., Gilly (C-336/96, EU:C:1998:221, pkt 31); z dnia 23 lutego 2006 r., van Hilten-van der Heijden (C-513/03, EU:C:2006:131, pkt 48); zob. podobnie także wyrok z dnia 16 maja 2017 r., Berlioz Investment Fund (C-682/15, EU:C:2017:373, pkt 67).

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

57. Istnienie nadużycia jest zależne od wyniku całościowej oceny okoliczności danego konkretnego przypadku, której dokonanie należy do właściwych organów administracji krajowej. Ocena taka powinna podlegać kontroli sądowej [13]. Dokonanie owej całościowej oceny należy niewątpliwie do sądu odsyłającego [14]. Jeśli chodzi jednak o ustalenie, czy dane transakcje są dokonywane w ramach zwykłych transakcji handlowych czy też wyłącznie w celu nadużycia korzyści przewidzianych w prawie Unii [15], Trybunał może udzielić sądowi odsyłającemu użytecznych wskazówek [16].

58. W tym celu należy najpierw przyjrzeć się bliżej przewidzianym w prawie Unii pojęciu nadużycia (śródtytuł 1) i przeanalizować to, czy rozpatrywany przypadek ma znamiona nadużycia (śródtytuł 2).

1. Pojęcie nadużycia w prawie Unii

59. Zgodnie z art. 5 dyrektywy 2003/49 nie należy stawiać państwom członkowskim przeszkód w przyjmowaniu właściwych środków mających na celu zwalczanie nadużyć finansowych (zob. również motyw 6 tej dyrektywy).

60. Zaproponowana wyżej (pkt 36 i nast.) wykładnia pojęcia właściciela [odsetek] nie stoi w sprzeczności z tym celem. Przeciwnie, cel ten realizowany jest przede wszystkim poprzez art. 5 dyrektywy 2003/49, nie zaś poprzez pojęcie właściciela [odsetek] (w szczególności włączenie do danej struktury powiernika nie musi stanowić znamienia nadużycia).

61. Przepis ten odzwierciedla ostatecznie to, co zostało także przyznane w utrwalonym orzecznictwie: nie można powoływać się na normy prawa Unii w sposób nieuczciwy lub stanowiący nadużycie. Nie można bowiem rozszerzać zakresu stosowania przepisu Unii tak, aby objąć nim nadużycia podmiotów gospodarczych, to znaczy transakcje, które nie są przeprowadzane w ramach zwykłych transakcji handlowych, lecz wyłącznie w celu nadużycia korzyści przewidzianych w prawie Unii [17].

62. Prawdą jest, że sama dyrektywa 2003/49 nie zawiera definicji nadużycia. Jednak z innych dyrektyw Unii wynikają odpowiednie wskazówki w tej kwestii. W dyrektywie o fuzjach [18], a konkretnie w jej art. 11 ust. 1 lit. a) zdanie drugie, jako podstawa domniemania, że transakcja ma na celu uchylanie się od płacenia podatków, został wskazany brak jej uzasadnionego celu gospodarczego. Ponadto art. 6 – w latach rozpatrywanych w niniejszej sprawie niemającej jeszcze zastosowania – dyrektywy ustanawiającej przepisy mające na celu przeciwdziałanie praktykom unikania opodatkowania [19] (zwanej dalej „dyrektywą 2016/1164") zostało zdefiniowane pojęcie nadużycia. Zgodnie z nim decydujące znaczenie ma to, czy istnieje nierzeczywiste uzgodnienie, którego głównym

13 Wyrok z dnia 17 lipca 1997 r., Leur-Bloem (C-28/95, EU:C:1997:369, pkt 41); moja opinia w sprawie Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, pkt 60).

14 Tak samo wyroki: z dnia 22 listopada 2017 r., Cussens i in. (C-251/16, EU:C:2017:881, pkt 59); z dnia 20 czerwca 2013 r., Newey (C-653/11, EU:C:2013:409, pkt 49).

15 Wyroki: z dnia 12 września 2006 r., Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, pkt 35); z dnia 6 kwietnia 2006 r., Agip Petroli (C-456/04, EU:C:2006:241, pkt 20); z dnia 21 lutego 2006 r., Halifax i in. (C-255/02, EU:C:2006:121, pkt 68, 69); z dnia 9 marca 1999 r., Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, pkt 24 z dalszymi odesłaniami), zob. także moja opinia w sprawie Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, pkt 57).

16 Wyroki: z dnia 17 grudnia 2015 r., WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, pkt 34); z dnia 21 lutego 2008 r., Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, pkt 56); z dnia 21 lutego 2006 r., Halifax i in. (C-255/02, EU:C:2006:121, pkt 77).

17 Wyroki: z dnia 22 listopada 2017 r., Cussens i in. (C-251/16, EU:C:2017:881, pkt 27); z dnia 5 lipca 2007 r., Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, pkt 38); z dnia 6 kwietnia 2006 r., Agip Petroli (C-456/04, EU:C:2006:241, pkt 20); z dnia 12 września 2006 r., Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, pkt 35); z dnia 21 lutego 2006 r., Halifax i in. (C-255/02, EU:C:2006:121, pkt 68, 69), z dnia 9 marca 1999 r., Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, pkt 24) z dalszymi odesłaniami, zob. również moja opinia w sprawie Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, pkt 57).

18 Dyrektywa Rady 90/434/EWG z dnia 23 lipca 1990 r. w sprawie wspólnego systemu opodatkowania mającego zastosowanie w przypadku łączenia, podziałów, wnoszenia aktywów i wymiany udziałów, dotyczących spółek różnych państw członkowskich (Dz.U. 1990, L 225, s. 1 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 9, t. 1, s. 142).

19 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).

celem lub jednym z głównych celów jego wprowadzenia jest uzyskanie korzyści podatkowej sprzecznej z przedmiotem lub celem mającego zastosowanie prawa podatkowego. Zgodnie z ust. 2 tego przepisu uzgodnienie uznaje się za nierzeczywiste w zakresie, w jakim nie jest ono wprowadzane z uzasadnionych powodów handlowych, które odzwierciedlają rzeczywistość ekonomiczną.

63. Trybunał wielokrotnie stwierdził, że ograniczenie swobody przedsiębiorczości można usprawiedliwić jedynie względami związanymi ze zwalczaniem praktyk stanowiących nadużycie, a swoistym celem takiego ograniczenia powinno być ustanowienie przeszkody dla zachowań polegających na tworzeniu czysto sztucznych struktur, w oderwaniu od realiów gospodarczych, w celu unikania podatku zwykle należnego z tytułu dochodu osiągniętego z działalności na terytorium krajowym [20]. Jak Trybunał tymczasem już wielokrotnie orzekał, nie ma wymogu, aby dane struktury były tworzone wyłącznie w celu uzyskania korzyści podatkowych [21], lecz wystarczy, aby to uzyskanie korzyści podatkowej stanowiło zasadniczy cel ich utworzenia [22].

64. Wskazane orzecznictwo Trybunału opiera się na dwóch współzależnych elementach. Po pierwsze, już na wstępie odmawia się uznania czysto sztucznych struktur, które w efekcie są tworzone tylko na papierze. Po drugie, decydujące znaczenie ma obejście przepisów prawa podatkowego, które może zostać osiągnięte także za pomocą struktur istniejących w rzeczywistości gospodarczej. Przypadki należące do tej drugiej grupy występują najczęściej i ponadto zostały one wyraźnie wymienione w nowym art. 6 dyrektywy 2016/1164. Także sam Trybunał w jednym z nowszych orzeczeń dostrzega w czysto sztucznym charakterze tylko okoliczność świadczącą o tym, że uzyskanie korzyści podatkowej stanowi zasadniczy cel [utworzenia danej struktury] [23].

2. Kryteria mające zastosowanie w niniejszym przypadku

a) W przedmiocie istnienia całkowicie sztucznej struktury

65. W niniejszym przypadku trudno byłoby uznać, że mamy do czynienia z czysto sztuczną strukturą, oderwaną od realiów gospodarczych. Przemawia przeciwko temu rzeczywiste istnienie pomieszczeń biurowych, zatrudnienie pracowników oraz ponoszone sześciocyfrowe koszty operacyjne. W rzeczywistości zatrudniano od jednego do dwóch pracowników w niepełnym wymiarze czasu pracy. Spółki faktycznie działały także w rzeczywistym obrocie prawnym, skoro poniosły znaczne koszty z tytułu doradztwa, najmu, notariuszy, księgowości (na przykład: 7810 EUR z tytułu wynagrodzeń, 3253 EUR z tytułu najmu, 300 EUR za telefon, 174 579 EUR z tytułu honorariów dla adwokatów oraz 15 000 EUR z tytułu usług księgowych i audytorskich).

66. Ów nieco specyficzny podział kosztów (niskie koszty najmu, niskie koszty osobowe, wysokie koszty doradztwa) może być spowodowany tym, że zarządzanie jedną tylko pożyczką wymaga niewielkiej powierzchni biurowej i zatrudnienia niewielu osób. Trybunał orzekł niedawno, że okoliczność, iż działalność polega tylko na zarządzaniu aktywami, zaś dochody pochodzą wyłącznie z owego

20 Wyroki z dnia 20 grudnia 2017 r., Deister Holding i Juhler Holding (C-504/16 i C-613/16, EU:C:2017:1009, pkt 60); z dnia 17 grudnia 2015 r., WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, pkt 35); z dnia 18 czerwca 2009 r., Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377, pkt 64); z dnia 13 marca 2007 r., Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, pkt 74); podobnie wyrok z dnia 12 września 2006 r., Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, pkt 55).

21 Zobacz również wyroki: z dnia 20 czerwca 2013 r., Newey (C-653/11, EU:C:2013:409, pkt 46); z dnia 12 lipca 2012 r., J.J. Komen en Zonen Beheer Heerhugowaard (C-326/11, EU:C:2012:461, pkt 35), z dnia 27 października 2011 r., Tanoarch (C-504/10, EU:C:2011:707, pkt 51); z dnia 22 maja 2008 r., Ampliscientifica i Amplifin (C-162/07, EU:C:2008:301, pkt 28).

22 Odnośnie do przepisów prawa regulujących opodatkowanie pośrednie wyroki: z dnia 22 listopada 2017 r., Cussens i in. (C-251/16, EU:C:2017:881, pkt 53); z dnia 17 grudnia 2015 r., WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, pkt 36); z dnia 21 lutego 2008 r., Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, pkt 45); w zakresie stosowania tzw. dyrektywy o fuzjach zob. podobnie wyrok z dnia 10 listopada 2011 r., FOGGIA-Sociedade Gestora de Participações Sociais (C-126/10, EU:C:2011:718, pkt 35, 36).

23 Równie wyraźnie zob. wyrok z dnia 22 listopada 2017 r., Cussens i in. (C-251/16, EU:C:2017:881, pkt 60).

zarządzania nie oznacza istnienia czysto sztucznej struktury oderwanej od wszelkich realiów gospodarczych [24]. Sąd odsyłający we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym nie zawarł bardziej szczegółowych informacji świadczących o tym, że te działania są prowadzone wyłącznie na papierze.

67. Mając na względnie okoliczność, że w szczególności spółki zarządzające majątkiem mogą per se prowadzić jedynie ograniczoną działalność, kryterium temu należy przypisać także tylko niewielkie znaczenie. Jeżeli faktycznie doszło do skutecznego założenia [spółki], spółka jest faktycznie osiągalna w swojej siedzibie i dysponuje na miejscu odpowiednimi środkami rzeczowymi i osobowymi, aby osiągnąć swój cel (w niniejszym przypadku, zarządzanie umową pożyczki), wówczas nie może być mowy o strukturze oderwanej od realiów gospodarczych.

68. Moim zdaniem nie wyklucza to jednak możliwości istnienia struktury podatkowej mającej znamiona nadużycia, na co wskazuje także brzmienie nowego art. 6 dyrektywy 2016/1164.

b) Pozapodatkowe powody wymagające uwzględnienia

69. W niniejszej sprawie decydujące znaczenie mają inne kryteria, w szczególności należy zaś wziąć pod uwagę względy pozapodatkowe.

70. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału okoliczność ustanowienia statutowej lub rzeczywistej siedziby spółki w zgodzie z ustawodawstwem państwa członkowskiego w celu korzystania z korzystniejszych przepisów nie stanowi sama w sobie znamienia nadużycia [25]. Także samo włączenie spółek z Luksemburga w rozpatrywaną w niniejszej sprawie transakcję przedsiębiorstwa z zagranicznymi inwestorami nie może zatem stanowić podstawy do wyciągnięcia wniosku, że mamy do czynienia z nadużyciem.

71. Ponadto, gdy podatnikowi przysługuje wybór pomiędzy dwiema możliwościami, nie jest on zobowiązany do dokonania wyboru tej, z którą wiąże się zapłata wyższego podatku, lecz, przeciwnie, przysługuje mu prawo do dokonania wyboru takiej struktury swojej działalności, poprzez którą ograniczy swoje zobowiązanie podatkowe [26]. Jak wskazuje dalej Trybunał, podatnikom przysługuje co do zasady swoboda wyboru struktur organizacyjnych oraz sposobu dokonywania czynności, które uważają oni za najlepiej przystosowane do potrzeb swej działalności gospodarczej oraz w celu ograniczenia swoich obciążeń podatkowych [27]. Dokonanie w okolicznościach niniejszej sprawy wyboru takiej struktury transakcji, która nie skutkuje najwyższym obciążeniem podatkowym (tu dodatkowe i ostateczne obciążenie podatkiem u źródła), nie może więc zostać uznane za nadużycie.

72. Ponadto – abstrahując od istnienia całkowicie sztucznych i oderwanych od realiów gospodarczych struktur – fakt, że osoba fizyczna lub prawna mająca przynależność unijną zamierzała odnieść pożytek z korzystniejszego systemu podatkowego obowiązującego w państwie członkowskim innym niż to, w którym ma ona miejsce zamieszkania lub siedzibę, nie daje sam w sobie podstaw do pozbawienia jej możliwości powołania się na postanowienia traktatu [28]. Dlatego struktura transakcji – jak w okolicznościach niniejszej sprawy – obejmująca państwo członkowskie, które rezygnuje z opodatkowania u źródła, nie może sama w sobie zostać uznana za świadczącą o istnieniu nadużycia.

24 Wyrok z dnia 20 grudnia 2017 r., Deister Holding i Juhler Holding (C-504/16 i C-613/16, EU:C:2017:1009, pkt 73).

25 Zobacz wyroki: z dnia 25 października 2017 r., Polbud – Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804, pkt 40); z dnia 30 września 2003 r., Inspire Art C-167/01, EU:C:2003:512, pkt 96); z dnia 9 marca 1999 r., Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, pkt 27).

26 Wyroki: z dnia 17 grudnia 2015 r., WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, pkt 42); z dnia 22 grudnia 2010 r., Weald Leasing (C-103/09, EU:C:2010:804, pkt 27); z dnia 21 lutego 2008 r., Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, pkt 47); z dnia 21 lutego 2006 r., Halifax i in. (C-255/02, EU:C:2006:121, pkt 73).

27 Wyroki: z dnia 17 grudnia 2015 r., WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, pkt 42); z dnia 22 grudnia 2010 r., RBS Deutschland Holdings (C-277/09, EU:C:2010:810, pkt 53).

28 Wyroki: z dnia 12 września 2006 r., Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, pkt 36); zob. podobnie wyrok z dnia 11 grudnia 2003 r., Barbier (C-364/01, EU:C:2003:665, pkt 71).

73. Z tego punktu widzenia swoboda przedsiębiorczości obejmuje także dokonanie wyboru tego państwa członkowskiego, które oferuje danemu przedsiębiorstwu najkorzystniejsze z jego punktu widzenia podatkowe warunki ramowe. Jeżeli zasada ta ma zastosowanie do znacznie mocniej zharmonizowanych przepisów dotyczących VAT [29], tym bardziej powinna ona obowiązywać w zakresie dotyczącym zharmonizowanych w mniejszym zakresie przepisów dotyczących podatków dochodowych, w przypadku których zróżnicowanie prawa podatkowego [30] poszczególnych państw członkowskich jest bądź celem zamierzonym w prawie Unii, bądź jest ono świadomie tolerowane politycznie.

74. Ponadto Trybunał wyjaśnił, że, w świetle swobód podstawowych, które są także istotne w niniejszej sprawie, sam fakt, iż spółka będąca rezydentem otrzymuje pożyczkę od spółki powiązanej mającej siedzibę w innym państwie członkowskim, nie może uzasadniać ogólnego domniemania nadużycia i usprawiedliwiać środki naruszające wykonywanie swobód podstawowych zagwarantowanych przez traktat [31]. Zatem także różnego rodzaju umowy pożyczki zawierane między spółkami dominującymi, spółkami zależnymi i spółkami w dalszej kolejności zależnymi niższego rzędu w okolicznościach niniejszej sprawy nie stanowią same w sobie nadużycia.

75. Trybunał wyjaśnił ponadto, że przewidziane w prawie Unii zwolnienie z podatku dywidend nie zależy od pochodzenia lub rezydencji właścicieli udziałów, gdyż nie przewidziano tego w żaden sposób w dyrektywie 90/435 [w sprawie spółek dominujących] [32]. Również dyrektywa 2003/49 nie przewiduje tego rodzaju różnicowania. Fakt, iż właścicielem udziałów spółki A Luxembourg Holding są fundusze kapitałowe z państw trzecich, nie ma zatem sam w sobie znamion nadużycia.

76. W niniejszej sprawie, moim zdaniem, w ramach całościowej oceny decydujące znaczenie ma jeszcze geneza struktury uznanej za mającą znamiona nadużycia. Zgodnie z informacjami [udzielonymi przez] strony na rozprawie, ze względu na obowiązujące w Danii ustawodawstwo podatkowe w przeszłości korzystne było nabycie przez zagranicznego inwestora spółek operacyjnych w Danii za pośrednictwem duńskiej (finansowanej kapitałem obcym) spółki nabywającej. Owo ustawodawstwo zostało później (w 2006 r.) zmienione przez Danię na mniej korzystne w taki sposób, że wprowadzono odpowiedni podatek u źródła, który skutkował dodatkowym i ostatecznym obciążeniem podatkowym.

77. Każde państwo ma swobodę zmiany obowiązującego prawa podatkowego. Jednak to zmienia także podstawy kalkulacji gospodarczej podmiotów uczestniczących [w obrocie gospodarczym]. Próba utrzymania pierwotnej podstawy kalkulacji transakcji przedsiębiorstwa (w niniejszym przypadku, nabycia duńskiej spółki operacyjnej z pomocą zagranicznych inwestorów), według mnie nie stanowi nadużycia. Od każdego przedsiębiorstwa można oczekiwać, że będzie ono dokonywało kalkulacji gospodarczej.

29 Wyroki: z dnia 17 grudnia 2015 r., WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, pkt 42); z dnia 22 grudnia 2010 r., RBS Deutschland Holdings (C-277/09, EU:C:2010:810, pkt 53).

30 Zobacz wyrok z dnia 12 września 2006 r., Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, pkt 36); odnośnie do dozwolonego w prawie Unii zróżnicowania stawek podatkowych nawet w zharmonizowanym prawie podatkowym, zob. także wyrok z dnia 17 grudnia 2015 r., WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, pkt 39, 40).

31 Wyroki: z dnia 13 marca 2007 r., Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, pkt 73); z dnia 12 września 2006 r., Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, pkt 50); zob. podobnie wyroki: z dnia 4 marca 2004 r., Komisja/Francja (C-334/02, EU:C:2004:129, pkt 27); z dnia 26 września 2000 r., Komisja/Belgia (C-478/98, EU:C:2000:497, pkt 45).

32 Wyrok z dnia 20 grudnia 2017 r., Deister Holding i Juhler Holding (C-504/16 i C-613/16, EU:C:2017:1009, pkt 66).

c) W przedmiocie obejścia celu ustawy

78. W niniejszej sprawie istotniejsze znaczenie ma jednak fakt, że faktyczni inwestorzy – w niniejszym przypadku fundusze kapitałowe traktowane jako podatkowo transparentne lub nietransparentne – mają często swoje siedziby w określonych państwach trzecich (co do zasady na pewnych małych wyspach, takich jak Kajmany [33], Bermudy [34] lub Jersey [35]). To może wskazywać na niezwykły jako całość sposób postępowania, którego uzasadnienie gospodarcze na pierwszy rzut oka nie jest zrozumiałe. Fundusze kapitałowe mogłyby także mieć siedziby w innych państwach, w szczególności – jak podkreślił przedstawiciel skarżącej na rozprawie – jeżeli już i tak są traktowane jak podatkowo transparentne.

79. W tym względzie w całej konstrukcji można dostrzec strukturę mającą znamiona nadużycia w mniejszym stopniu z powodu „włączenia" spółek luksemburskich, a bardziej z powodu „zainstalowania" funduszy kapitałowych w określonych państwach trzecich. Tutaj szczególne znaczenie ma cel struktury bądź cel obchodzonej ustawy podatkowej (tu opodatkowanie w Danii).

1) Unikanie opodatkowania duńskim podatkiem dochodowym?

80. Najpierw należy stwierdzić, że Dania nie została pozbawiona możliwości opodatkowania zysku nabytej spółki operacyjnej (T Danmark). Ów zysk został całkiem normalnie opodatkowany w kraju rezydencji (to jest w Danii).

81. Również zysk mającej siedzibę w Danii spółki nabywającej (spółki N Danmark 1, teraz N Luxembourg 1) został w całości opodatkowany w Danii. Zmniejszenie owego zysku o wypłatę odsetek na rzecz inwestorów z Luksemburga jest zgodne z zasadą opodatkowania według zdolności finansowej i z okolicznością, że Dania uznaje owe odsetki w pełnej wysokości za koszty operacyjne.

82. Owe odsetki zostały opodatkowane w Luksemburgu jako przychody przedsiębiorstwa prowadzonego przez spółkę luksemburską. Uwzględnienie wypłat odsetek na rzecz inwestorów także w Luksemburgu jako kosztów operacyjnych stanowi również tam wyraz zgodności z zasadą opodatkowania według zdolności finansowych. W tym względzie Luksemburg opodatkowuje różnice między odsetkami (10%), które zostały wypłacone z Danii, a odsetkami (9,96875%), które zostały zapłacone na rzecz funduszy kapitałowych w państwach trzecich.

83. Obie spółki luksemburskie podlegają nieograniczonemu obowiązkowi podatkowemu w Luksemburgu i podlegają w tym kraju opodatkowaniu podatkiem dochodowym od osób prawnych. Tym samym są spełnione przesłanki ustanowione w art. 3 lit. a) ppkt (iii) dyrektywy 2003/49. Ponadto należy stwierdzić, że z żadnego przepisu dyrektywy 2003/49 nie wynika, iż faktyczne opodatkowanie właściciela [odsetek] (tu spółek luksemburskich) w określonej wysokości stanowi przesłankę zwolnienia [z podatku]. Jeżeli w państwie rezydencji właściciel [odsetek] wykazuje odpowiednio wysokie koszty operacyjne (czy też straty przeniesione z lat poprzednich), nie prowadzi to do konkretnego opodatkowania, jednak podatnik ten podlega opodatkowaniu podatkiem od osób prawnych. Dlatego też jest on objęty zakresem zastosowania dyrektywy 2003/49 i jego dochody z odsetek będą wówczas także opodatkowane „w państwie członkowskim". Tak jest również, w przypadku gdy w państwie rezydencji właściciela [odsetek] istnieje tylko niewielkie obciążenie podatkiem od osób prawnych i nie ma opodatkowania u źródła.

33 Tak w sprawie C-119/16.

34 Tak w sprawie C-117/16.

35 Tak w sprawie C-299/16.

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

2) Zapobieganie wykorzystywaniu transgranicznych deficytów w wymianie informacji

85. Po przyjrzeniu się dokładniej niniejszej sprawie stwierdzić należy, że na skutek włączenia spółek luksemburskich unika się „tylko" opodatkowania u źródła wypłat odsetek w Danii. Trybunał orzekł zaś już, że w przypadku opodatkowania u źródła opodatkowany pozostaje właśnie odbiorca dochodów (tu odsetek) [36]. Następuje to w ten sposób, że w momencie wypłaty część dochodu jest potrącana przez płacącego już u źródła.

86. Opodatkowanie u źródła w państwie rezydencji dłużnika odsetek nie stanowi tym samym swoistego rodzaju podatku, lecz jest szczególną techniką opodatkowania mającą co do zasady zapewnić (minimalne) opodatkowanie odbiorcy odsetek. W szczególności bowiem w przypadku stanów faktycznych zawierających element transgraniczny nie zawsze można mieć pewność, że spółka będąca odbiorcą [odsetek] sama należycie opodatkuje swoje dochody. Co do zasady państwo rezydencji odbiorcy odsetek bowiem rzadko kiedy dowiaduje się czegokolwiek o jej dochodach uzyskanych za granicą, jeżeli nie istnieją – jak ma to miejsce w Unii – funkcjonujące systemy wymiany informacji między organami administracji finansowej.

87. Aby można było zatem stwierdzić mające znamiona nadużycia obejścia celu ustawy (polegającego na zapewnieniu opodatkowania odbiorcy odsetek) koniecznie jest spełnienie dwóch przesłanek. Po pierwsze, w przypadku wypłaty bezpośredniej, w ogóle musi istnieć roszczenie podatkowe Danii (odnośnie do tego pkt 92 i nast.). Ponadto musi istnieć niebezpieczeństwo nieopodatkowania z powodu nieobjęcia tych dochodów [podatkiem] w faktycznym państwie odbiorcy.

88. Jeżeli zatem okazałoby się, że przyczyną wyboru danej struktury transakcji była możliwość dokonywania wypłat odsetek na rzecz inwestorów za pośrednictwem państwa trzeciego po to, aby ich państwa rezydencji nie uzyskały informacji o ich dochodach, to moim zdaniem w takiej całościowej konstrukcji należałoby upatrywać nadużycia prawa.

89. Takie domniemanie istnienia nadużycia może jednak zostać obalone, w przypadku gdy fundusze kapitałowe udostępniają odpowiednie informacje podatkowe państwom rezydencji inwestorów lub państwom rezydencji funduszy kapitałowych dysponuje odpowiednimi informacjami i przekazuje je dalej do odpowiednich państw. Taka struktura przedsiębiorstwa nie podważałaby celu unikniętego opodatkowania u źródła (odnośnie do tego zob. pkt 86 powyżej). Również to musi zostać uwzględnione przez sąd w dokonywanej przezeń całościowej ocenie.

d) Odpowiedź na pytanie czwarte

90. W przypadku unikania opodatkowania u źródła wypłat odsetek na rzecz funduszy kapitałowych z siedzibą w państwach trzecich w pierwszej kolejności unika się opodatkowania dochodu z odsetek u faktycznych odbiorców odsetek (to znaczy inwestorów). W szczególności można przyjąć, że mamy do czynienia z nadużyciem wówczas, gdy celem dokonania wyboru takiej a nie innej struktury przedsiębiorstwa jest wykorzystanie pewnych deficytów w wymianie informacji pomiędzy zaangażowanymi państwami po to, aby zapobiec efektywnemu opodatkowaniu odbiorców odsetek.

36 Wyroki: z dnia 24 czerwca 2010 r., P. Ferrero i General Beverage Europe (C-338/08 i C-339/08, EU:C:2010:364, pkt 26, 34); z dnia 26 czerwca 2008 r., Burda (C-284/06, EU:C:2008:365, pkt 52).

C. W przedmiocie udzielenia informacji dotyczącej faktycznego właściciela [odsetek] (pytanie piąte)

91. Zadając pytanie piąte, sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy państwo członkowskie, które nie chce uznać, że odbiorca odsetek jest także właścicielem [odsetek] w rozumieniu dyrektywy 2003/49, gdyż jest tylko tak zwaną sztuczną spółką pośredniczącą, jest zobowiązane do udzielenia informacji o tym, kogo uznaje za faktycznego właściciela [odsetek]. Poruszona przez sąd odsyłający kwestia w istocie dotyczy ciężaru dowodu istnienia nadużycia.

92. Aby móc uznać, że mamy do czynienia z nadużyciem prawnej swobody kształtowania [stosunków między podatnikami], należy założyć, że została wybrana prawna struktura odbiegająca od tej zwykle wybieranej, która prowadzi do *wyniku „korzystniejszego"* niż „normalna" struktura. W niniejszej sprawie za „normalną strukturę" należałoby uznać bezpośrednią umowę pożyczki między inwestorami a skarżącą w postępowaniu głównym, zawartą w celu nabycia spółki celowej.

93. Co do zasady administracja finansowa musi wykazać, że wybrany sposób postępowania jest z punktu widzenia prawa podatkowego korzystniejszy niż zwykła struktura, przy czym podatnicy mogą podlegać szczególnemu obowiązkowi współdziałania. Jednakże podatnik może wówczas przedstawić „dowody dotyczące względów handlowych, które leżały u podstaw danej transakcji"[37]. Jeśli okaże się, że zasadniczym celem stworzenia danej struktury[38] nie jest unikanie opodatkowania, które byłoby normalnie należne, wybrany sposób postępowania nie może zostać uznany za mający znamiona nadużycia, zwłaszcza że państwo samo daje podatnikowi możliwość swobodnego kształtowania [stosunków z innymi podmiotami].

94. Ponadto z orzecznictwa Trybunału[39] wynika, że skutkiem stwierdzenia zachowania o znamionach nadużycia jest określenie sytuacji, jaka istniałaby w braku transakcji mających znamiona takiego zachowania, a następnie ocena tej przekwalifikowanej sytuacji w świetle właściwych przepisów prawa krajowego i prawa Unii. W tym celu należy mieć pewność co do tożsamości faktycznego właściciela [odsetek].

95. Tym samym z punktu widzenia duńskich przepisów z nadużyciem w rozumieniu art. 5 dyrektywy 2003/49 możemy mieć do czynienia tylko wówczas, gdy w przypadku bezpośredniej wypłaty odsetek nastąpiłoby odpowiednie opodatkowanie w Danii. Według prawa duńskiego jest to jednak wykluczone, jeżeli, abstrahując od tzw. spółek pośrednich, faktycznym odbiorcą odsetek byłaby także spółka z siedzibą w innym państwie członkowskim lub odbiorca odsetek byłby rezydentem państwa, z którym Dania podpisała umowę o unikaniu podwójnego opodatkowania. Jeżeli fundusze kapitałowe faktycznie należałoby uznać za spółki transparentne podatkowo, aby w ogóle móc odpowiedzieć na to pytanie, należałoby opierać się każdorazowo na konkretnych inwestorach.

96. Stąd na pytanie piąte można odpowiedzieć, że do stwierdzenia, iż doszło do nadużycia co do zasady konieczne jest, aby państwo członkowskie, które nie chce uznać tego, że spółka będąca rezydentem innego państwa członkowskiego, na rzecz której zostały wypłacone odsetki, jest właścicielem [odsetek], udzieliło informacji w przedmiocie tego, kto jego zdaniem jest faktycznym właścicielem [odsetek]. Jest to konieczne do tego, aby móc stwierdzić, czy dzięki strukturze uznanej za mającą znamiona nadużycia w ogóle można osiągnąć korzystniejszy z punktu widzenia prawa podatkowego rezultat. W przypadku stanów faktycznych zawierających element transgraniczny podatnik może jednak zostać w tym celu zobowiązany do współdziałania w szerszym zakresie.

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

38 Wyroki: z dnia 22 listopada 2017 r., Cussens i in. (C-251/16, EU:C:2017:881, pkt 53); z dnia 17 grudnia 2015 r., WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, pkt 36); z dnia 21 lutego 2008 r., Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, pkt 45).

39 Wyroki: z dnia 22 listopada 2017 r., Cussens i in. (C-251/16, EU:C:2017:881, pkt 47); z dnia 17 grudnia 2015 r., WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, pkt 52); z dnia 21 lutego 2008 r., Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, pkt 58).

D. W przedmiocie powołania się na art. 5 dyrektywy 2003/49 (pytania od drugie i trzecie)

97. Zadając pytania drugie, drugie pkt 1 i trzecie, sąd odsyłający dąży do ustalenia, czy (śródtytuł 1) Dania może się powoływać bezpośrednio na art. 5 dyrektywy 2003/49, aby odmówić podatnikowi zwolnienia z podatku. Jeżeli tak nie jest, należy wyjaśnić czy (śródtytuł 2) Dania dokonała w rozpatrywanym prawie krajowym w wystarczającym stopniu transpozycji art. 5 dyrektywy 2003/49.

1. Brak bezpośredniego zastosowania dyrektywy w celu uzasadnienia obowiązków obciążających jednostkę

98. Jeżeli stosując wyżej wskazane kryteria, należałoby stwierdzić, że doszło do nadużycia w rozumieniu art. 5 dyrektywy 2003/49, należy podkreślić, że niniejsza sprawa wyróżnia się tym, iż w prawie duńskim nie przewidziano żadnego szczególnego przepisu transponującego art. 5 dyrektywy 2003/49. Nie istniał także – zdaniem sądu odsyłającego – żaden ogólny przepis ustawowy dotyczący zapobiegania nadużyciom. Dlatego skarżąca w postępowaniu głównym w szczególności uważa, że nawet w przypadku przyjęcia, że doszło do nadużycia, nie może ona zostać pozbawiona zwolnienia z podatku przewidzianego w prawie krajowym.

99. Nie zawsze jest jednak konieczne formalne powtórzenie przepisów dyrektywy (tu art. 5 dyrektywy 2003/49) w szczególnych przepisach krajowych. Co więcej, transpozycja dyrektywy może w zależności od jej treści zostać dokonana poprzez odwołanie się do ogólnego kontekstu prawnego, w tym poprzez odwołanie się do ogólnych zasad krajowego prawa konstytucyjnego lub administracyjnego, pod warunkiem że zostanie zapewnione w sposób wystarczająco jasny i precyzyjny pełne stosowanie przepisów dyrektywy [40].

100. Zwracając się o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, sąd odsyłający wspomina o istnieniu dwóch zasad (o tak zwanej doktrynie realizmu i zasadzie „podmiotu rzeczywiście uzyskującego dochód"). Jednakże uczestnicy [postępowania] są zgodni, że nie znajdują one tu zastosowania, gdyż w rzeczywistości formalnie odsetki były faktycznie najpierw płacone na rzecz spółek luksemburskich.

101. Artykuł 5 dyrektywy 2003/49 zezwala jednak państwom członkowskim na odpowiednie zwalczanie nadużyć finansowych. Podejście takie odpowiada także praktyce przyjętej w całej Unii. Prawie wszystkie państwa członkowskie wypracowały odpowiednie narzędzia do obrony przed nadużyciami prawa popełnianymi w celu unikania opodatkowania [41]. Stąd również pomiędzy krajowymi porządkami prawa podatkowego istnieje zgoda co do tego, że stosowanie prawa nie może obejmować tolerowania stosowanych przez podmioty gospodarcze praktyk mających znamiona nadużycia. Owa uznana w całej Unii zasada [42] znajduje teraz także wyraz w art. 6 dyrektywy 2016/1164.

40 Zobacz podobnie utrwalone orzecznictwo, przykładowo wyroki: z dnia 5 lipca 2007 r., Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, pkt 44); z dnia 6 kwietnia 2006 r., Komisja/Austria (C-428/04, EU:C:2006:238, pkt 99); z dnia 16 czerwca 2005 r., Komisja/Włochy (C-456/03, EU:C:2005:388, pkt 51); moja opinia w sprawie Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, pkt 62).

41 Niektóre państwa członkowskie dysponują klauzulami generalnymi, w celu zapobiegania zachowaniu o znamionach nadużycia, takimi jak: w Republice Federalnej Niemiec § 42 Abgabenordnung (ordynacji podatkowej), w Luksemburgu § 6 Steueranpassungsgesetz (ustawy o dostosowaniu podatkowym), w Belgii art. 344 § 1 code des impôts sur les revenus (kodyfikacji podatku dochodowego), w Szwecji art. 2 ustawy (1995:575) lub w Finlandii art. 28 ustawy o podatku dochodowym; w niektórych państwach ustanowione zostały specjalne uregulowania [jak ma to miejsce w Danii odnośnie do cen transferowych zgodnie z § 2 Ligningsloven (ustawy o naliczaniu podatku)], lub ogólne zasady prawne (w Republice Federalnej Niemiec byłaby to zasada przewagi treści gospodarczej nad formą, którą można wyprowadzić m.in. z § 39 i nast. Abgabenordnung).

42 Zobacz m.in. wyroki: z dnia 22 listopada 2017 r., Cussens i in. (C-251/16, EU:C:2017:881, pkt 27); z dnia 21 lutego 2006 r., Halifax i in. (C-255/02, EU:C:2006:121, pkt 68); z dnia 3 marca 2005 r., Fini H (C-32/03, EU:C:2005:128, pkt 32); z dnia 14 grudnia 2000 r., Emsland-Stärke (C-110/99, EU:C:2000:695, pkt 51); z dnia 23 marca 2000 r., Diamantis (C-373/97, EU:C:2000:150, pkt 33).

102. W tym względzie wszystkie przepisy krajowe, obojętne, czy zostały wydane w celu transpozycji dyrektywy 2003/49 lub nie, muszą być interpretowane i stosowane zgodnie z ową ogólną zasadą prawną, a w szczególności z brzmieniem i celem dyrektywy 2003/49 i jej art. 5[43]. Przyjęciu zgodnej z prawem Unii wykładni prawa krajowego nie stoi na przeszkodzie okoliczność, że wykładnia taka może okazać się niekorzystna dla jednostki. Stosowanie prawa Unii za pośrednictwem przepisów prawa krajowego, czyli pośrednie stosowanie prawa Unii na niekorzyść jednostki jest bowiem dopuszczalne[44].

103. Organy władz duńskich nie mogłyby tylko stosować art. 5 dyrektywy 2003/49 na niekorzyść skarżącej w sposób bezpośredni – także ze względów pewności prawa[45]. Państwo członkowskie nie może bowiem powoływać się wobec jednostki na postanowienia dyrektywy, których transpozycji nie dokonało[46]. Zgodnie bowiem z utrwalonym orzecznictwem dyrektywa nie może sama z siebie nakładać obowiązków na jednostkę i dlatego nie może ona być jako taka wobec niej powołana[47]. Takie państwo członkowskie samo zachowałoby się w sposób „stanowiący nadużycie prawa". Z jednej strony nie dokonałoby transpozycji adresowanej do niego dyrektywy (mimo że mogłoby), a z drugiej strony powoływałoby się na zawartą w nieprzetransponowanej dyrektywie możliwość zwalczania nadużyć finansowych.

104. Także odpowiednie organy administracji nie mogą powoływać się wobec jednostki bezpośrednio na ogólną zasadę prawa Unii, zgodnie z którą nadużycie prawa jest zakazane. W odniesieniu do przypadków wchodzących w zakres zastosowania dyrektywy 2003/49 zasada taka została bowiem wyraźnie określona i skonkretyzowana w art. 5 ust. 2 tej dyrektywy[48]. Gdyby ponadto dopuszczalne było bezpośrednie stosowanie ogólnej zasady prawa, której treść jest w znacznie mniejszym stopniu jasna i precyzyjna, istniałoby niebezpieczeństwo, że osiągnięcie polegającego na harmonizacji celu realizowanego przez dyrektywę 2003/49 – i także we wszystkich innych dyrektywach, które zawierają przepisy dotyczące unikania nadużyć (jak na przykład art. 6 dyrektywy 2016/1164) byłoby zagrożone. Kolidowałoby to także ze wspomnianym już zakazem bezpośredniego stosowania na niekorzyść jednostek postanowień nieprzetransponowanych dyrektyw[49].

2. Brak możliwości zastosowania orzecznictwa z zakresu przepisów dotyczących VAT

105. Nie stoją temu na przeszkodzie orzeczenia Trybunału[50] w sprawach Italmoda i Cussens. Trybunał orzekł w nich, że zasadę zakazu nadużyć należy interpretować w ten sposób, iż, niezależnie od środka krajowego nadającego jej skutek w wewnętrznym porządku prawnym zasada ta może być bezpośrednio stosowana w celu odmowy zwolnienia z VAT i nie sprzeciwiają się temu zasady pewności prawa i ochrony uzasadnionych oczekiwań.

43 Na temat spoczywającego na sądach krajowych obowiązku dokonywania wykładni prawa wewnętrznego zgodnie z dyrektywami zob. utrwalone orzecznictwo, a w szczególności wyroki: z dnia 4 lipca 2006 r., Adeneler i in. (C-212/04, EU:C:2006:443, pkt 108 i nast.); z dnia 5 października 2004 r., Pfeiffer i in. (od C-397/01 do C-403/01, EU:C:2004:584, pkt 113 i nast.); z dnia 10 kwietnia 1984 r., von Colson i Kamann (14/83, EU:C:1984:153, pkt 26).

44 Wyroki: z dnia 5 lipca 2007 r., Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, pkt 45); z dnia 7 stycznia 2004 r., Wells (C-201/02, EU:C:2004:12, pkt 57); z dnia 14 lipca 1994 r., Faccini Dori (C-91/92, EU:C:1994:292, pkt 20, 25, 26); z dnia 13 listopada 1990 r., Marleasing (C-106/89, EU:C:1990:395, pkt 6, 8); moja opinia w sprawie Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, pkt 65).

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

46 Wyroki: z dnia 22 listopada 2017 r., Cussens i in. (C-251/16, EU:C:2017:881, pkt 49); z dnia 21 września 2017 r., DNB Banka (C-326/15, EU:C:2017:719, pkt 41); z dnia 5 lipca 2007 r., Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, pkt 42); z dnia 19 listopada 1991 r., Francovich i in. (C-6/90 i C-9/90, EU:C:1991:428, pkt 21); zob. także moja opinia w sprawie Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, pkt 66).

47 Wyrok z dnia 5 lipca 2007 r., Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, pkt 42); moja opinia w sprawie Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, pkt 65); zob. też przykładowo wyrok z dnia 5 października 2004 r., Pfeiffer i in. (od C-397/01 do C-403/01, EU:C:2004:584, pkt 108 i przytoczone tam orzecznictwo).

48 Zobacz moja opinia w sprawie Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, pkt 67); wyrok z dnia 5 lipca 2007 r., Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, pkt 38 i nast.). Podobnie także moja opinia w sprawie Satakunnan Markkinapörssi i Satamedia (C-73/07, EU:C:2008:266, pkt 103).

49 W tej kwestii niejasny jest wyrok z dnia 22 listopada 2005 r., Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709, pkt 74–77); zob. odnośnie do tego moja opinia w sprawie Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, pkt 67), jasny jest także wyrok z dnia 5 lipca 2007 r., Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, pkt 42).

50 Wyroki: z dnia 22 listopada 2017 r., Cussens i in. (C-251/16, EU:C:2017:881); z dnia 18 grudnia 2014 r., Schoenimport „Italmoda" Mariano Previti (C-131/13, C-163/13 i C-164/13, EU:C:2014:2455).

106. Jednak owe dwa orzeczenia miały za przedmiot wyłącznie przepisy dotyczące VAT, czym różnią się od niniejszej sprawy. Po pierwsze, przepisy dotyczące VAT zostały w znacznie szerszym zakresie zharmonizowane przez prawo Unii i w większym zakresie dotykają interesów Unii, ze względu na sprzężone z nimi finanse unijne, niż przepisy państw członkowskich dotyczące podatków dochodowych.

107. Po drugie, prawo Unii zobowiązuje państwa członkowskie, na podstawie art. 325 ust. 1 i 2 TFUE, do (skutecznego) poboru VAT[51], podczas gdy tak nie jest w przypadku przepisów dotyczących podatków dochodowych. Do tego dochodzi szczególna podatność dziedziny VAT na oszustwa, co wymaga szczególnie efektywnego dochodzenia roszczeń podatkowych. W tym względzie Trybunał sam w najnowszym orzeczeniu wprowadza rozróżnienie między przepisami dotyczącymi VAT i wtórnym prawem Unii które wyraźnie przewiduje możliwość zwalczania nadużyć finansowych[52]. Bezpośrednie stosowanie art. 5 dyrektywy 2003/49 na niekorzyść podatnika nie wchodzi zatem w rachubę[53].

3. W przedmiocie istnienia szczególnego przepisu krajowego skierowanego przeciwko nadużyciom

108. Do sądu krajowego należy zbadanie, czy w niniejszym przypadku przy dokonywaniu zgodnej z prawem Unii wykładni znajdują zastosowanie ogólne przepisy lub *zasady prawa krajowego* (należą do nich także zasady wypracowane w orzecznictwie), i czy można na ich podstawie wyprowadzić możliwość pominięcia w kontekście skutków podatkowych czynności pozornych lub zakaz mającego znamiona nadużycia domagania się przyznania określonych korzyści podatkowych.

109. Wprawdzie zgodnie z orzecznictwem Trybunału ograniczenie swobody przedsiębiorczości można usprawiedliwić względami związanymi ze zwalczaniem praktyk stanowiących nadużycie jedynie wtedy, gdy szczególnym celem takiego ograniczenia jest ustanowienie przeszkody dla zachowań polegających na tworzeniu czysto sztucznych, oderwanych od realiów gospodarczych, struktur mających na celu unikanie uiszczenia podatku należnego zwykle z tytułu dochodu osiągniętego z działalności na terytorium krajowym[54].

110. Z tego powodu na pytania drugie pkt 1 i trzecie można odpowiedzieć, że ani § 2 ust. 2 lit. d) duńskiej ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ani umowa o unikaniu podwójnego opodatkowania, które odnośnie do opodatkowania odsetek przyjmują za punkt wyjścia właściciela [odsetek], nie są wystarczające do tego, aby móc je traktować jako transpozycję art. 5 dyrektywy 2003/49.

111. Inaczej należy to jednak ocenić w kontekście zgodnego z prawem Unii stosowania w Danii tzw. doktryny realizmu i zasady „podmiotu faktycznie uzyskującego dochód". Zostały one wypracowane właśnie po to, aby rozwiązać problem związany z faktem, iż prawo cywilne umożliwia tworzenie różnego rodzaju struktur, zaś prawo podatkowe opodatkowuje sytuacje gospodarcze. Owe zasady są w szczególności wymierzone przeciwko tworzeniu sztucznych struktur oraz nadużywaniu prawa przez jednostki i dlatego co do zasady stanowią one także wystarczająco szczególną podstawę prawną dla ograniczenia swobody przedsiębiorczości. W zakresie, w jakim skarżąca w postępowaniu głównym kilkakrotnie wskazywała na rozprawie na to, że Dania nie dokonała wyraźnej transpozycji art. 5 dyrektywy 2003/49, byłoby to pozbawione znaczenia dla sprawy. Dokładniej musi to jednak ocenić sąd krajowy.

51 Wyroki: z dnia 8 września 2015 r., Taricco i in. (C-105/14, EU:C:2015:555, pkt 36 i nast.); z dnia 26 lutego 2013 r., Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, pkt 26).

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

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

54 Wyroki: z dnia 18 czerwca 2009 r., Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377, pkt 64); z dnia 12 września 2006 r., Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, pkt 55); z dnia 13 marca 2007 r., Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, pkt 74).

112. Rozwinięta w Danii „doktryna realizmu", interpretowana w sposób zgodny z prawem Unii, mogłaby zatem wystarczać jako podstawa do pomijania przy opodatkowaniu czysto sztucznych struktur lub struktur mających znamiona nadużycia – o ile takowe istnieją (zob. też pkt 57 i nast.). „Doktryna realizmu" wydaje mi się być niczym innym niż szczególnego rodzaju gospodarczym punktem widzenia, który stanowi podstawę przepisów z zakresu obrony przed nadużyciami w większości państw członkowskich [55]. To jest także widoczne na poziomie prawa Unii, na przykład w art. 6 ust. 2 dyrektywy 2016/1164, zgodnie z którym uzgodnienie uznaje się za nierzeczywiste w zakresie, w jakim nie jest ono wprowadzane z uzasadnionych powodów handlowych, które odzwierciedlają rzeczywistość ekonomiczną. Musi to jednak ocenić sąd krajowy.

113. Jeżeli celem stworzenia danej struktury jest unikanie opodatkowania inwestorów, wówczas, pomimo formalnej wypłaty na rzecz spółek luksemburskich, z gospodarczego punktu widzenia wypłata następuje faktycznie na rzecz funduszy kapitałowych bądź ich inwestorów. Wypłata na rzecz spółek luksemburskich odzwierciedla nie gospodarczą, lecz jedynie cywilnoprawną (formalną) rzeczywistość.

E. Naruszenie podstawowych swobód (pytania szóste i siódme)

114. Nie ma już potrzeby udzielania odpowiedzi na zadane przez sąd odsyłający pytania szóste i siódme, skoro to spółki luksemburskie – jak zostało to wyjaśnione w pkt 34 i nast. – należy co do zasady traktować jak właścicieli [odsetek].

115. Gdyby sąd odsyłający przy dokonywaniu zgodnej z prawem Unii wykładni zasad istniejących w prawie krajowym doszedł do wniosku, że ma do czynienia ze strukturą mającą znamiona nadużycia, istniałaby w pewnych okolicznościach możliwość opodatkowania u źródła. Niemniej jednak kwestia ta jest już bez znaczenia w niniejszym przypadku, gdyż takie opodatkowanie jest skutkiem nadużycia i zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału powoływanie się na normy prawa Unii po to, aby umożliwić popełnienie nadużycia, nie jest dozwolone [56].

116. Niezależnie od tego Trybunał już orzekł, iż zróżnicowane traktowanie krajowych i zagranicznych odbiorców odsetek ze względu na różne techniki opodatkowania dotyczy sytuacji, które nie są obiektywnie porównywalne [57]. Nawet gdyby uznać, że mamy do czynienia z porównywalnymi stanami faktycznymi, zgodnie z orzecznictwem Trybunału ograniczenie swobód podstawowych byłoby uzasadnione wówczas, gdyby duńskie opodatkowanie u źródła zagranicznego odbiorcy odsetek nie było wyższe niż duńskie opodatkowanie podatkiem dochodowym krajowego odbiorcy odsetek [58].

117. To samo dotyczy przypadków zróżnicowanego oprocentowania bądź powstania duńskiego zobowiązania z tytułu podatku dochodowego od osób prawnych u odbiorcy odsetek i duńskiego zobowiązania do pobrania podatku u źródła przez płacącego odsetki. Nie są to porównywalne stany faktyczne, ponieważ raz należny jest *własny* podatek (podatek dochodowy od osób prawnych), zaś innym razem pobierany i odprowadzany jest faktycznie *cudzy* podatek dla odbiorcy odsetek (jego podatek dochodowy od osób fizycznych lub prawnych). Zróżnicowanie odnośnie do powstania zobowiązania podatkowego i stopy oprocentowania wynika z zastosowania różnych technik i uwzględnienia funkcji, jaką pełni opodatkowanie u źródła (zob. też pkt 86).

55 Bardzo często w państwach członkowskich decydująca jest faktyczna treść aktu lub transakcji – tak jest na przykład w Finlandii, na Węgrzech, w Irlandii, Włoszech, na Litwie, w Niderlandach, Portugalii i Słowenii.

56 Zobacz przykładowo wyroki: z dnia 22 listopada 2017 r., Cussens i in. (C-251/16, EU:C:2017:881, pkt 27); z dnia 21 lutego 2006 r., Halifax i in. (C-255/02, EU:C:2006:121, pkt 68); z dnia 14 grudnia 2000 r., Emsland-Stärke (C-110/99, EU:C:2000:695, pkt 51) i przytoczone tam orzecznictwo.

57 Wyrok z dnia 22 grudnia 2008 r., Truck Center (C-282/07, EU:C:2008:762, pkt 41); potwierdzony wyrokiem z dnia 18 października 2012 r., X (C-498/10, EU:C:2012:635, pkt 26).

58 Zobacz wyroki: z dnia 17 września 2015 r., Miljoen i in. (C-10/14, C-14/14 i C-17/14, EU:C:2015:608, pkt 90); z dnia 18 października 2012 r., X (C-498/10, EU:C:2012:635, pkt 42 i nast.).

VI. Wnioski

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

1) Na pytanie pierwsze pkt 1–4 należy odpowiedzieć, że spółkę mającą siedzibę w innym państwie członkowskim, będącą właścicielem oprocentowanej wierzytelności należy co do zasady uznać za właściciela [odsetek] w rozumieniu art. 1 ust. 1 dyrektywy Rady 2003/49/WE z dnia 3 czerwca 2003 r. w sprawie wspólnego systemu opodatkowania stosowanego do odsetek oraz należności licencyjnych między powiązanymi spółkami różnych państw członkowskich. Nie dotyczy to sytuacji, gdy spółka nie działa na własną rzecz, lecz na cudzą rzecz dla osoby trzeciej.

   Pojęcie właściciela [odsetek] podlega autonomicznej wykładni w prawie Unii, niezależnej od komentarzy do art. 11 modelowej konwencji podatkowej Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD) z 1977 r. czy też późniejszych ich zmian.

2) Na pytanie drugie należy odpowiedzieć, że państwo członkowskie nie może się powoływać na art. 5 dyrektywy 2003/49, jeżeli go nie przetransponowało.

3) Odnośnie do pytania trzeciego należy odpowiedzieć, że ani § 2 ust. 2 lit. d) duńskiej ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ani zawarte w umowie o unikaniu podwójnego opodatkowania postanowienie odpowiadające art. 11 modelowej konwencji OECD nie mogą być uznane za wystarczającą transpozycję art. 5 dyrektywy 2003/49. Nie stoi to jednak na przeszkodzie dokonywaniu zgodnej z prawem Unii wykładni i stosowaniu ogólnych zasad prawa krajowego, których celem jest umożliwienie zwalczania sztucznych struktur i nadużywania prawa przez jednostki.

4) Na pytanie czwarte należy odpowiedzieć, że stwierdzenie tego, czy doszło do nadużycia, jest uzależnione od wyniku całościowej oceny wszystkich okoliczności danego przypadku, której dokonanie należy do sądu krajowego.

   a) Nadużycie w prawie podatkowym może istnieć, w przypadku są tworzone czysto sztuczne, oderwane od realiów gospodarczych struktury lub jeżeli zasadniczym celem stworzenia danej struktury jest unikanie opodatkowania, które byłoby należne zgodnie z celem ustawy. Administracja finansowa musi wykazać w tym względzie, że w przypadku zgodnej z rzeczywistością struktury powstałoby odpowiednie zobowiązanie podatkowe, podatnik musi zaś wykazać, że wybór danej struktury jest uzasadniony ważnymi powodami niezwiązanymi z prawem podatkowym.

   b) W przypadku unikania opodatkowania u źródła wypłat odsetek na rzecz funduszy kapitałowych z siedzibą w państwach trzecich w pierwszej kolejności unika się opodatkowania dochodu z odsetek u faktycznych odbiorców odsetek (to znaczy inwestorów). W szczególności można uznać, że mamy do czynienia z nadużyciem wówczas, gdy celem dokonania wyboru takiej a nie innej struktury przedsiębiorstwa jest wykorzystanie pewnych deficytów w wymianie informacji pomiędzy zaangażowanymi państwami po to, aby zapobiec efektywnemu opodatkowaniu odbiorców odsetek.

5) Na pytanie piąte należy odpowiedzieć, że państwo członkowskie, które nie chce uznać tego, że spółka z innego państwa członkowskiego jest właścicielem odsetek, aby móc uznać, że ma do czynienia z nadużyciem, jest zobowiązane do udzielenia informacji o tym, kogo uznaje za faktycznego właściciela [odsetek]. W przypadku stanów faktycznych zawierających element transgraniczny podatnik może jednak zostać w tym celu zobowiązany do współdziałania w szerszym zakresie.

6) Ze względu na powyższe odpowiedzi na pytania od pierwszego do czwartego nie ma potrzeby udzielania odpowiedzi na pytania szóste i siódme.