Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
GERARDA HOGANA
przedstawiona w dniu 19 listopada 2020 r.[1]

Sprawa C-480/19

E
przy udziale:
Veronsaajien oikeudenvalvontayksikkö

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Korkein hallinto-oikeus (najwyższy sąd administracyjny, Finlandia)]

Odesłanie prejudycjalne – Swobodny przepływ kapitału – Przepisy podatkowe – Podatek dochodowy – Zyski wypłacane osobie fizycznej zamieszkałej w państwie członkowskim przez będące nierezydentem przedsiębiorstwo zbiorowego inwestowania w formie spółki z umową spółki – Różnica w traktowaniu udziałów w zysku wypłacanych przez przedsiębiorstwa zbiorowego inwestowania (UCITS) utworzone zgodnie z prawem zobowiązań i dywidend wypłacanych przez przedsiębiorstwa zbiorowego inwestowania utworzone na podstawie statutu – Brak możliwości utworzenia będących rezydentami przedsiębiorstw zbiorowego inwestowania na podstawie statutu

I. Wprowadzenie

1. Rozpatrywany wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 63 i 65 TFUE. W szczególności we wniosku tym zadano po raz kolejny pytanie, co stanowi dyskryminujące opodatkowanie w kontekście przepisów regulujących swobodny przepływ kapitału.

2. Wniosek ten wniesiony został w związku ze sporem między E a Keskusverolautakunta (centralną komisją podatkową, Finlandia) dotyczącym interpretacji wydanej przez tę komisję w dniu 10 listopada 2017 r., w której stwierdziła ona, że jakiekolwiek zyski wypłacane E przez luksemburską otwartą spółkę inwestycyjną (SICAV: Société d'investissement à Capital Variable) powinny być w Finlandii opodatkowane jako dochody z tytułu zatrudnienia.

3. Sprawa ta wskazuje na potrzebę szczegółowego określenia środka lub środków, jakie mogą być w tym zakresie dyskryminujące – i tym samym stanowić ograniczenie swobodnego przepływu kapitału – tak aby państwa członkowskie dysponowały wiedzą, jakie środki prawne należy przyjąć, aby temu zaradzić.

1 Język oryginału: angielski.

II. Ramy prawne

A. Prawo Unii

4. W prawie Unii wyróżnia się obecnie dwa rodzaje instrumentów zbiorowego inwestowania: przedsiębiorstwa zbiorowego inwestowania w zbywalne papiery wartościowe (UCITS) i instytucje zbiorowego inwestowania, które nie stanowią UCITS (alternatywne fundusze inwestycyjne, zwane także AFI).

5. Zgodnie z motywem 4 dyrektywy 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) (Dz.U. 2009, L 302, s. 32) (zwanej „dyrektywą UCITS") celem tej dyrektywy jest „zapewnienie wspólnych podstawowych zasad dotyczących udzielania zezwoleń, nadzoru, struktury i działalności UCITS mających swoją siedzibę w państwach członkowskich oraz informacji, jakie są obowiązane publikować". Jej motyw 83 stanowi, że nie powinna ona naruszać krajowych przepisów podatkowych.

6. Artykuł 1 ust. 3 wspomnianej dyrektywy przewiduje:

„[UCITS] mogą być utworzone zgodnie z prawem zobowiązań (jako wspólne fundusze zarządzane przez spółki zarządzające), na podstawie prawa powierniczego (jako fundusze powiernicze) lub na podstawie statutu (jako spółki inwestycyjne)".

B. Prawo fińskie

1. Prawo finansowe

7. Zgodnie z informacjami przedstawionymi przez sąd odsyłający i rząd fiński prawo fińskie zezwala na tworzenie jedynie funduszy inwestycyjnych mieszczących się w zakresie Sijoitusrahastolaki (ustawy o funduszach inwestycyjnych nr 48/1999), implementującej dyrektywę UCITS, o formie umownej, tj. funduszy wspólnych w rozumieniu tej dyrektywy. Ograniczenie to ma na celu ochronę inwestorów. Istotnie, gdy fundusze nie mają formy statutowej, a co za tym idzie także osobowości prawnej, należy uznać, że aktywa zarządzane przez te fundusze wspólne są w bezpośrednim posiadaniu inwestorów, w związku z czym w przypadku upadłości spółek zarządzających aktywa te nie mogą zostać wykorzystane na spłatę wierzycieli [2].

2. Prawo podatkowe

8. Fińskie prawo podatkowe wprowadza rozróżnienie na dochody z kapitału (które dla wygody będę nazywał „dochodami kapitałowymi") oraz dochody z tytułu zatrudnienia. Stawka podatku właściwa dla dochodów kapitałowych wynosi 30% w odniesieniu do dochodów w części poniżej 30 000 EUR lub 34% w odniesieniu do dochodów w części powyżej 30 000 EUR. Stawki podatku dla dochodów z tytułu zatrudnienia są progresywne, przy czym stawka właściwa dla najwyższego progu przekracza 50%.

2 Poza funduszami wzajemnymi objętymi dyrektywą UCITS prawo fińskie dopuszcza także tworzenie alternatywnych funduszy inwestycyjnych, tj. funduszy, które podlegają nie dyrektywie UCITS, lecz dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/61/UE z dnia 8 czerwca 2011 r. w sprawie zarządzających alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi i zmiany dyrektyw 2003/41/WE i 2009/65/WE oraz rozporządzeń (WE) nr 1060/2009 i (UE) nr 1095/2010 (Dz.U. 2011, L 174, s. 1). W ocenie sądu odsyłającego prawo fińskie dopuszcza jedynie tworzenie alternatywnych funduszy inwestycyjnych o formie umownej. W przedstawionych uwagach rząd fiński sugeruje jednak, że mogą być również tworzone AFI o formie statutowej. W szczególności w pkt 33 odpowiedzi na skierowany przez Trybunał wniosek o wyjaśnienia rząd fiński stwierdził, że „przykładowo jeśli krajowy fundusz hedgingowy utworzony jest w formie spółki akcyjnej, to stosują się do niego zasady opodatkowania podatkiem dochodowym od osób prawnych mające zastosowanie do typowych spółek akcyjnych […]".

9. Zgodnie z § 32 Tuloverolaki (ustawy o podatku dochodowym), zatytułowanym „Dochody kapitałowe”, dochody z majątku, zyski z przekazania majątku oraz inne podobne dochody, co do których można przyjąć, że zostały uzyskane z majątku, uważa się za dochody kapitałowe. Dochody kapitałowe obejmują w szczególności dochody z dywidend zgodnie z § 33a–33d tej ustawy.

a) Opodatkowanie zysków wypłacanych przez podmiot mający osobowość prawną

10. Spółki założone zgodnie z prawem fińskim podlegają podatkowi od wypracowanych zysków według stawki 20%. Wypłacane przez nie zyski stanowią dywidendy i są w związku z tym uznawane za dochody kapitałowe [3]. W zależności od tego, czy spółka wypłacająca dywidendę jest notowana na rynku regulowanym, czy nie, mniejsza lub większa część tego dochodu jest zwolniona z podatku. Celem tego zwolnienia, które w każdym przypadku jest jedynie częściowe, jest ograniczenie skutków podwójnego opodatkowania, które następuje po raz pierwszy na poziomie spółki i po raz drugi w momencie wypłaty dywidendy na rzecz inwestorów [4].

11. W szczególności § 33a ustawy o podatku dochodowym, zatytułowany „Dywidendy wypłacane przez spółkę notowaną na giełdzie”, przewiduje, iż:

„85% dywidendy wypłaconej przez spółkę notowaną na giełdzie stanowi dochody kapitałowe, a 15% – dochody niepodlegające opodatkowaniu.

[…]”.

12. Paragraf 33b wspomnianej ustawy, zatytułowany „Dywidendy wypłacane przez spółkę nienotowaną na giełdzie”, ma następujące brzmienie:

„25% dywidend wypłacanych przez spółkę nienotowaną na giełdzie stanowi podlegające opodatkowaniu dochody kapitałowe, a 75% stanowi dochody niepodlegające opodatkowaniu, do kwoty odpowiadającej rocznym dochodom na poziomie 8% obliczonym w oparciu o matematyczną wartość udziałów w roku podatkowym, która to wartość ustalona jest w laki varojen arvostamisesta verotuksessa annettu (1142/2005) [ustawie o wycenie aktywów do celów opodatkowania (1142/2005)]. W zakresie, w jakim kwota dywidend otrzymanych przez podatnika przekracza 150 000 EUR, 85% dywidend stanowi dochody kapitałowe, a 15% – dochody niepodlegające opodatkowaniu.

W odniesieniu do części przekraczającej roczne dochody, o których mowa w ust. 1 wyżej, 75% dywidend stanowi dochody z tytułu zatrudnienia, a 25% – dochody niepodlegające opodatkowaniu.

Bez uszczerbku dla jakichkolwiek innych przepisów dotyczących opodatkowania dywidend przewidzianych w niniejszej ustawie dywidenda stanowi dochody z tytułu zatrudnienia, jeśli zgodnie z postanowieniem umowy spółki, uchwały zgromadzenia ogólnego, umowy udziałowców lub jakiejkolwiek innej umowy jej wypłata stanowi wynagrodzenie za wkład w formie pracy wniesiony przez beneficjenta dywidendy lub osobę należącą do jego kręgu interesów. Dywidenda stanowi dochody osoby, która wniosła wspomniany wkład w formie pracy.

[…]”.

3 W następstwie reformy z 2014 r. stawka podatku dochodowego od osób prawnych została obniżona, a obciążenia podatkowe spółek zostały przeniesione na udziałowców.

4 W aktach sprawy przedłożonych Trybunałowi nie wskazano, dlaczego dywidendy wypłacane przez spółkę notowaną na giełdzie są opodatkowane inaczej niż dywidendy wypłacane przez spółkę nienotowaną.

b) Traktowanie pod względem podatkowym zysku wypłacanego przez krajowe konwencjonalne fundusze inwestycyjne

13. Choć fińskie fundusze podlegające dyrektywie UCITS nie mają osobowości prawnej, to jednak uznaje się, że do celów fińskiego prawa podatkowego mają one status podatkowy[5]. Mieszczą się one zatem w zakresie fińskiej ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, jednak zgodnie z fińskim prawem są zwolnione z opodatkowania. Co za tym idzie, inwestycje dokonywane za pośrednictwem owych funduszy traktowane są do celów podatkowych tak samo, jak gdyby zostały dokonane bezpośrednio przez inwestorów, tak że podlegają opodatkowaniu tylko na poziomie inwestorów.

14. Jeśli chodzi o opodatkowanie zysków wypłacanych przez te fundusze, to z perspektywy inwestorów indywidualnych dochody te uznawane są za udziały w zyskach, a nie za dywidendy, ponieważ fundusze te nie mają osobowości prawnej. W przypadku inwestorów indywidualnych dochody te opodatkowane są w pełnej wysokości według stawki 30% (lub 34%, jeśli dochody kapitałowe przekraczają 30 000 EUR).

c) Opodatkowanie zysków wypłacanych przez spółki zagraniczne

15. Paragraf 33c ust. 1–3 ustawy o podatku dochodowym, zatytułowany „Dywidendy wypłacane przez podmiot zagraniczny", ma następujące brzmienie:

„Dywidendy otrzymane od podmiotów zagranicznych stanowią dochody podlegające opodatkowaniu zgodnie z § 33a i § 33b tej ustawy, jeżeli podmiot ten jest spółką w rozumieniu art. 2 dyrektywy Rady 2011/96/UE [z dnia 30 listopada 2011 r.] w sprawie wspólnego systemu opodatkowania mającego zastosowanie w przypadku spółek dominujących i spółek zależnych różnych państw członkowskich[6], zmienionej dyrektywami Rady 2013/13/UE [z dnia 13 maja 2013 r.[7]] i 2014/86/UE [z dnia 8 lipca 2014 r.[8]].

Dywidendy otrzymane od podmiotów zagranicznych innych niż wymienione w ust. 1 stanowią dochody podlegające opodatkowaniu zgodnie z przepisami § 33a i § 33b, jeżeli podmiot ten jest zobowiązany – bez możliwości wyboru innej opcji i bez możliwości zwolnienia – do zapłaty co najmniej 10-procentowego podatku od dochodu, z którego wypłacono dywidendę oraz:

1) podmiot ten na podstawie przepisów podatkowych państwa należącego do Europejskiego Obszaru Gospodarczego [EOG] ma siedzibę w tym państwie, a żadna umowa o unikaniu podwójnego opodatkowania nie stanowi, że ma on siedzibę w państwie nienależącym do [EOG]; lub

2) w trakcie roku podatkowego obowiązuje pomiędzy państwem siedziby tego podmiotu a Finlandią umowa o unikaniu podwójnego opodatkowania, która ma zastosowanie do dywidend wypłacanych przez ten podmiot.

Dywidendy otrzymane od podmiotów zagranicznych innych niż wymienione w ust. 1 i 2 powyżej stanowią w pełnej wysokości dochody podlegające opodatkowaniu z tytułu zatrudnienia.

[…]".

5 Zaznaczam, że traktowanie krajowych funduszy inwestycyjnych jako podmiotów podlegających opodatkowaniu przy jednoczesnym zwolnieniu ich z podatku dochodowego skutkuje zmianą natury wypłaconego dochodu, mającą na celu uproszczenie opodatkowania odnośnych transakcji. W istocie gdyby tego rodzaju fundusze traktowane były jako podmioty transparentne podatkowo, to dla zastosowania do nich analogicznych zasad konieczne byłoby wprowadzenie rozróżnienia na wypłacany przez takie fundusze dochód pochodzący z udziału w spółkach notowanych i w spółkach nienotowanych. Ponieważ fundusze te nie są transparentne, wszystkie wypłacane przez nie dochody opodatkowane są według zasad uzależnionych od tego, czy same te fundusze są notowane, czy nie.

6 Dz.U. 2011, L 345, s. 8.

7 Dz.U. 2013, L 141, s. 30.

8 Dz.U. 2014, L 219, s. 40.

16. Według rządu fińskiego celem § 33c ustawy o podatku dochodowym jest zapewnienie, by spółki zagraniczne traktowane były tak samo jak spółki założone zgodnie z prawem fińskim. Ponieważ celem obniżenia podstawy opodatkowania przewidzianego w §§ 33a i 33b jest ograniczenie skutków podwójnego opodatkowania zysków – na poziomie spółek i na poziomie inwestorów, tylko dywidendy wypłacane przez spółki, które zapłaciły podatek dochodowy w swoim państwie rezydencji, mieściłyby się w zakresie tych przepisów. Z drugiej strony w przypadku gdyby spółka zagraniczna nie zapłaciła podatku dochodowego, byłaby ona w innej sytuacji, w związku z czym nie byłoby powodu, aby miała korzystać ze wspomnianego mechanizmu ograniczenia podwójnego opodatkowania zysków. Jak zobaczymy, rozumowanie to jest kluczowe dla zrozumienia potencjalnej kwestii dyskryminującego opodatkowania w niniejszej sprawie.

C. Prawo luksemburskie

17. Wydaje się, że dla potrzeb niniejszej sprawy należy jedynie wspomnieć, iż zgodnie z prawem luksemburskim termin SICAV oznacza fundusze inwestycyjne w formie spółki o zmiennym kapitale i udziałach[9]. Spółki spełniające warunki objęcia taką kwalifikacją są zwolnione z podatku dochodowego od osób prawnych, jakiemu normalnie podlegają zyski jakiejkolwiek spółki kapitałowej[10]. Luksemburski fundusz SICAV niekoniecznie musi stanowić UCITS w rozumieniu dyrektywy UCITS, może jednak podlegać dyrektywie 2011/61[11].

III. Okoliczności sporu w postępowaniu głównym i pytanie prejudycjalne

18. E jest osobą fizyczną zamieszkałą w Finlandii, która zainwestowała w subfundusz funduszu inwestycyjnego UCITS regulowanego prawem luksemburskim, w przypadku którego naliczone zyski wypłacane były inwestorom corocznie.

19. W dniu 20 czerwca 2017 r. E złożył wniosek do centralnej komisji podatkowej o wydanie interpretacji indywidualnej celem ustalenia, zasadniczo, czy dla celów opodatkowania w Finlandii dochody wypłacone przez luksemburski fundusz SICAV należy traktować jako dochody kapitałowe, czy jako dochody z tytułu zatrudnienia.

20. W interpretacji indywidualnej wydanej w dniu 10 listopada 2017 r. centralna komisja podatkowa stwierdziła, że dochody wypłacane przez fundusz SICAV prawa luksemburskiego należy uznać w Finlandii za dywidendę i że dla celów opodatkowania E w Finlandii dochody te będą traktowane jako dochody z tytułu zatrudnienia, zgodnie z § 33c ust. 3 ustawy o podatku dochodowym.

21. Z akt sprawy przed Trybunałem wynika, że centralna komisja podatkowa uznała zasadniczo, iż okoliczność, że rozpatrywany w postępowaniu głównym fundusz SICAV jest funduszem UCITS, nie jest istotna dla ustalenia, jaki sposób opodatkowania znajduje zastosowanie. Komisja uznała przy tym, że w świetle mających zastosowanie przepisów podatkowych istotnym kryterium jest charakter prawny wypłaconego dochodu na gruncie prawa fińskiego, który z kolei uzależniony jest od formy prawnej funduszy. Ponieważ zgodnie z prawem mającym zastosowanie do ich tworzenia fundusze SICAV prawa luksemburskiego mają osobowość prawną i w konsekwencji wypłacany przez nie dochód stanowi dywidendę, a nie udział w zysku, dochód ten należy traktować tak, jak gdyby był wypłacony przez inne

9 Termin ten nie odnosi się do konkretnej formy spółki. Przykładowo SICAV może być spółką „société anonyme” lub „commandite par action”.

10 Spółki mające status SICAV zobowiązane są jednak co do zasady do zapłaty rocznej opłaty subskrypcyjnej. Opłata ta nie jest jednak obliczana w oparciu o zyski, lecz o wartość aktywów funduszu netto.

11 Zobacz strona internetowa stowarzyszenia luksemburskich funduszy inwestycyjnych (Association of the Luxembourg Fund Industry, ALFI) https://www.alfi.lu/en-GB/Pages/Setting-up-in-Luxembourg/Alternative-investment-funds-legal-vehicles/RAIF-(Luxembourg-Reserved-Alternative-Investment-F.

przedsiębiorstwo utworzone na podstawie statutu, niezależnie od tego, czy jest ono funduszem inwestycyjnym. W konsekwencji komisja uznała, że zysków wypłacanych przez takie fundusze nie należy traktować inaczej niż ma to miejsce w przypadku funduszy krajowych, ponieważ będą one opodatkowane tak samo, jak gdyby fundusze te zostały założone zgodnie z prawem fińskim.

22. W oparciu o ten wniosek wydaje się, choć odwołanie prejudycjalne nie jest być może w tym względzie szczególnie czytelne, że centralna komisja podatkowa uznała, iż fundusz SICAV prawa luksemburskiego nie spełnia warunku określonego w § 33c ust. 1 ustawy o podatku dochodowym, ponieważ tego rodzaju spółka nie podlega podatkowi dochodowemu od osób prawnych w Luksemburgu; nie spełnia on także warunku określonego w § 33c ust. 2 wspomnianej ustawy. Co za tym idzie, na podstawie § 33c ust. 3 centralna komisja podatkowa uznała, że dywidendy wypłacane przez fundusz luksemburski powinny być opodatkowane jako dochody z tytułu zatrudnienia.

23. E odwołał się od interpretacji centralnej komisji podatkowej do sądu odsyłającego, Korkein hallinto-oikeus (najwyższego sądu administracyjnego, Finlandia).

24. W swoim odwołaniu E podniósł, że praktyka administracyjna polegająca na traktowaniu zysków wypłacanych przez fundusz SICAV jak dochodów z tytułu zatrudnienia, podlegających opodatkowaniu progresywnemu na podstawie § 33c ust. 3 ustawy o podatku dochodowym, prowadziłaby do większego obciążenia podatkowego niż ma to miejsce w przypadku zysków wypłacanych przez fiński fundusz inwestycyjny, jako że ostatnie ze wspomnianych zysków uznawane są za dochody kapitałowe. E wskazał, że jest to sprzeczne ze swobodnym przepływem kapitału zagwarantowanym w art. 63 TFUE.

25. W tym kontekście sąd odsyłający jest zdania, że aby rozstrzygnąć kwestię zgodności z prawem interpretacji wydanej przez centralną komisję podatkową, należy ustalić, czy opodatkowanie dochodów wypłaconych przez fundusz SICAV prowadzony zgodnie z prawem luksemburskim na zasadach właściwych dla dochodów z tytułu zatrudnienia, a nie dochodów kapitałowych, z uwagi na formę prawną owego przedsiębiorstwa zbiorowego inwestowania, jest sprzeczne z art. 63 i 65 TFUE, czy nie. W szczególności sąd ten jest zdania, że w niniejszej sprawie konieczne jest wyjaśnienie, czy sam fakt, że fundusz SICAV prawa luksemburskiego stanowi przedsiębiorstwo zbiorowego inwestowania w rozumieniu dyrektywy UCITS, jest istotny dla ustalenia, czy zyski wypłacane przez tego rodzaju podmiot powinny być do celów podatkowych traktowane jako zyski wypłacane przez fiński fundusz inwestycyjny, ustanowiony zgodnie z prawem zobowiązań, który jest jedynym rodzajem przedsiębiorstwa zbiorowego inwestowania, jakie może zostać utworzone w Finlandii.

26. W tych okolicznościach sąd odsyłający postanowił zawiesić postępowanie i skierować do Trybunału Sprawiedliwości następujące pytanie prejudycjalne:

„Czy artykuły 63 i 65 TFUE należy interpretować w ten sposób, iż stoją one na przeszkodzie interpretacji przepisów krajowych, zgodnie z którą dochód uzyskiwany przez osobę fizyczną mającą miejsce zamieszkania w Finlandii od mającego siedzibę w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej przedsiębiorstwa zbiorowego inwestowania w zbywalne papiery wartościowe utworzonego na podstawie statutu w rozumieniu dyrektywy [UCITS] […] w zakresie opodatkowania podatkiem dochodowym nie mogą być zrównane z dochodami uzyskiwanymi od fińskiego funduszu inwestycyjnego utworzonego zgodnie z prawem zobowiązań w rozumieniu tej dyrektywy […] z tego względu, że forma prawna utworzonego w innym państwie członkowskim przedsiębiorstwa zbiorowego inwestowania w zbywalne papiery wartościowe nie odpowiada strukturze prawnej krajowego funduszu inwestycyjnego?”.

IV. Analiza

27. Po pierwsze, w świetle przepisów przytoczonych przez sąd odsyłający wydaje mi się, że sporna interpretacja wynika po prostu z zastosowania wspomnianych przepisów do rozpatrywanego dochodu. Co za tym idzie, w niniejszej sprawie należy zbadać zgodność przepisów wskazanych przez sąd odsyłający z prawem Unii [12].

28. W tym kontekście warto przypomnieć, że podatki bezpośrednie nadal należą przede wszystkim do kompetencji państw członkowskich. Dlatego też w obecnym stanie harmonizacji unijnego prawa podatkowego państwa członkowskie mają swobodę w ustanawianiu systemu opodatkowania, który uznają za najbardziej odpowiedni, a więc stosowanie opodatkowania progresywnego zależy od uznania każdego państwa członkowskiego [13]. W szczególności podstawowe swobody nie mogą być rozumiane w ten sposób, że państwo członkowskie jest zobowiązane do ustalenia zasad podatkowych zgodnie z zasadami innego państwa członkowskiego, aby zagwarantować w każdej sytuacji wyeliminowanie nierówności wynikających z różnych krajowych systemów podatkowych, skoro decyzje podejmowane przez spółkę w odniesieniu do ustanowienia struktur gospodarczych za granicą mogą, w zależności od przypadku, być bardziej lub mniej korzystne dla takiej spółki [14].

29. Jednak choć państwa członkowskie mają swobodę ustalania zakresu i podstawowych zasad swoich systemów podatkowych, powinny one wykonywać swoją kompetencję w zakresie opodatkowania z poszanowaniem swobody przepływu, co oznacza, że nie powinny ustanawiać środków zabronionych przez art. 63 ust. 1 TFUE [15]. Innymi słowy, podstawowe swobody nie mają rozwiązywać problemów związanych z wzajemnym oddziaływaniem różnych krajowych systemów podatkowych. Ich celem jest raczej zapewnienie, że państwa członkowskie korzystają ze swoich kompetencji w sposób niedyskryminujący [16].

30. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału „do środków zakazanych na mocy art. 63 ust. 1 TFUE *zaliczają się*, jako ograniczenia w przepływie kapitału, środki, które mogą zniechęcać osoby niebędące rezydentami do dokonywania inwestycji w określonym państwie członkowskim lub które mogą zniechęcić osoby będące rezydentami [we wspomnianym] państwie członkowskim do dokonywania inwestycji w innych państwach” [17]. Ponieważ sam fakt poddania czynności lub transakcji określonemu opodatkowaniu z założenia czyni je mniej atrakcyjnymi, prawdopodobne jest, że zniechęci to obywateli innych państw członkowskich do inwestowania w tym państwie. Jednak aby nie naruszać

12 W szczególności sporna interpretacja nie wydaje się być bezpośrednio powiązana z zawartą między Luksemburgiem i Finlandią umową w sprawie unikania podwójnego opodatkowania w zakresie podatku dochodowego i podatku od majątku wraz z protokołem, podpisaną w Luksemburgu w dniu 1 marca 1982 r. (Mémorial A 1982, s. 1966).

13 Zobacz przykładowo wyrok z dnia 3 marca 2020 r., Vodafone Magyarország (C-75/18, EU:C:2020:139, pkt 49).

14 Zobacz przykładowo wyroki: z dnia 28 lutego 2008 r., Deutsche Shell (C-293/06, EU:C:2008:129, pkt 43); z dnia 10 czerwca 2015 r., X (C-686/13, EU:C:2015:375, pkt 33), z dnia 27 lutego 2020 r., AURES Holdings (C-405/18, EU:C:2020:127, pkt 32). Z uwagi na rozbieżności w ustawodawstwach państw członkowskich rezultat skorzystania ze wspomnianych podstawowych swobód może w konkretnym przypadku być bardziej lub mniej korzystny, a nawet niekorzystny, ponieważ prawo Unii nie gwarantuje obywatelom Unii, że skorzystanie ze swobód przepływu będzie neutralne pod względem opodatkowania. Zobacz przykładowo wyroki: z dnia 15 lipca 2004 r., Lindfors (C-365/02, EU:C:2004:449, pkt 34); z dnia 12 lipca 2005 r., Schempp (C-403/03, EU:C:2005:446, pkt 45); z dnia 20 maja 2008 r., Orange European Smallcap Fund (C-194/06, EU:C:2008:289, pkt 37, 62).

15 Zobacz przykładowo wyrok z dnia 12 września 2006 r., Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, pkt 40).

16 Co za tym idzie, okoliczność, że prawo krajowe danego państwa członkowskiego nie przewiduje statusu prawnego ekwiwalentnego względem statusu prawnego podmiotu zarejestrowanego w innym państwie członkowskim, nie zobowiązuje pierwszego z tych państw do traktowania tego podmiotu w ten sam sposób jak podmiotu korzystającego na gruncie prawa tego państwa z największych korzyści, mimo iż nie spełnia on przesłanek, które uzasadniały nadanie owych korzyści, a jedynie do zastosowania istniejących przepisów wobec wspomnianego podmiotu zarejestrowanego w innym państwie członkowskim w sposób niedyskryminujący.

17 Zobacz przykładowo wyrok 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 15). Podkreślenie moje.

w nieuzasadniony sposób możliwości nakładania podatków przez państwo członkowskie, fakt, że dany środek wywiera tego rodzaju zniechęcający skutek, nie jest sam w sobie wystarczający do uznania go za restrykcję w tym sensie: tego rodzaju środek musiałby także ustanawiać dyskryminację, bezpośrednią lub pośrednią, stawiającą inwestora transgranicznego w gorszym położeniu [18].

31. Ogólnie rzecz ujmując, środek uznaje się za dyskryminujący, jeśli jego przedmiotem lub skutkiem jest traktowanie porównywalnych sytuacji w odmienny sposób lub – odwrotnie – traktowanie odmiennych sytuacji tak samo [19]. W kontekście swobód przepływu, biorąc pod uwagę, że ich celem jest ustanowienie rynku wewnętrznego, Trybunał stosuje zwykle bardziej szczegółową definicję. W istocie w przypadku, gdy przepisy prawa zakazują zastosowania konkretnego kryterium, dyskryminacja bezpośrednia występuje w sytuacji, gdy dana osoba jest wprost traktowana mniej korzystnie na podstawie tego kryterium, natomiast dyskryminacja pośrednia występuje w przypadku, gdy kryterium stosuje się w sposób, który wydaje się neutralny, ale w praktyce stawia ono osoby spełniające niedozwolone kryterium w gorszym położeniu w porównaniu z innymi [20].

32. Zgodnie ze wspomnianym bardziej szczegółowym podejściem Trybunał uznaje – z punktu widzenia podstawowych swobód – dany środek za prowadzący do „dyskryminacji bezpośredniej", w przypadku gdy traktuje on określone sytuacje odmiennie z uwagi na przynależność państwową zaangażowanych podmiotów [21], natomiast za „dyskryminację pośrednią", w przypadku gdy choć opiera się on na innym kryterium, takim jak np. miejsce zamieszkania, prowadzi de facto do tego samego skutku [22].

33. Faktem jest, że w kilku przypadkach Trybunał stwierdził, iż występowanie niekorzystnych skutków można wywodzić z okoliczności, że w przypadku nierezydentów spełnienie kryterium lub kryteriów wymaganych w celu skorzystania z określonego rodzaju opodatkowania jest mało prawdopodobne lub że spełnienie owego kryterium lub kryteriów wiązałoby się dla nich z trudnościami [23]. Jednakże, jako że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem „niekorzystne skutki, które mogą wynikać z równoległego wykonywania kompetencji podatkowych przysługujących różnym państwom członkowskim, jeżeli wykonywanie tych kompetencji nie ma charakteru dyskryminującego, nie stanowią ograniczeń zakazanych przez [prawo Unii]" [24], okoliczność ta sama w sobie nie jest wystarczająca, by stwierdzić, że występuje ograniczenie [25]. Jak wynika z wyroku Köln-Aktienfonds Deka, aby dany środek stanowił dyskryminację i w konsekwencji ograniczenie, konieczne jest, by w świetle celów owego środka [26] przyjmowano, że osoby będące i niebędące obywatelami – lub podmioty będące i niebędące rezydentami – znajdują się w porównywalnej sytuacji [27]. Jednakże w przypadku, gdy cel danego środka o charakterze fiskalnym nie jest bezpośrednio związany z jednym z elementów, które są

18 Zobacz podobnie wyroki: z dnia 6 grudnia 2007 r., Columbus Container Services (C-298/05, EU:C:2007:754, pkt 53); z dnia 26 maja 2016 r., NN (L) International (C-48/15, EU:C:2016:356, pkt 47).

19 Zobacz przykładowo wyroki: z dnia 13 marca 2014 r., Bouanich (C-375/12, EU:C:2014:138, pkt 45); z dnia 30 kwietnia 2020 r., Société Générale (C-565/18, EU:C:2020:318, pkt 24, 25).

20 W kwestii bardziej szczegółowego omówienia testu, jaki należy przeprowadzić, zobacz moja opinia w sprawie Autoridade Tributária e Aduaneira (C-388/19).

21 Zobacz przykładowo wyrok z dnia 14 grudnia 2006 r., Denkavit Internationaal i Denkavit France (C-170/05, EU:C:2006:783, pkt 19).

22 Zobacz przykładowo wyroki: z dnia 14 lutego 1995 r., Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, pkt 26); z dnia 20 stycznia 2011 r., Komisja/Grecja (C-155/09, EU:C:2011:22, pkt 45); z dnia 19 listopada 2015 r., Hirvonen (C-632/13, EU:C:2015:765, pkt 29); z dnia 18 czerwca 2020 r., Komisja/Węgry (Przejrzystość stowarzyszenia) (C-78/18, EU:C:2020:476, pkt 62).

23 Według mojej wiedzy wspomniane podejście stosowane było w sprawach podatkowych jedynie w nielicznych przypadkach. Zobacz wyroki: z dnia 3 lutego 2000 r., Dounias (C-228/98, EU:C:2000:65, pkt 61); z dnia 30 stycznia 2020 r., Köln-Aktienfonds Deka (C-156/17, EU:C:2020:51, pkt 62); a także, w odniesieniu do ciężaru dowodu, z dnia 28 stycznia 2010 r., Direct Parcel Distribution Belgium (C-264/08, EU:C:2010:43, pkt 35).

24 Zobacz przykładowo wyrok z dnia 16 lipca 2009 r., Damseaux (C-128/08, EU:C:2009:471, pkt 27).

25 Zobacz podobnie wyrok z dnia 18 grudnia 2007 r., Laval un Partneri (C-341/05, EU:C:2007:809, pkt 54, 110).

26 Zgodnie z orzecznictwem Trybunału porównywalność danej sytuacji musi być badana w świetle celu zamierzonego przez odnośny środek. Zobacz przykładowo wyrok z dnia 26 lutego 2019 r., X (Spółki pośrednie z siedzibą w państwach trzecich) (C-135/17, EU:C:2019:136, pkt 64). Trybunał czasami bierze pod uwagę również „cel i treść" [zob. wyrok z dnia18 grudnia 2014 r., Q (C-133/13, EU:C:2014:2460, pkt 22)] lub „przedmiot i treść" środka [zob. wyrok z dnia 13 listopada 2019 r., College Pension Plan of British Columbia (C-641/17, EU:C:2019:960, pkt 65)].

27 Zobacz przykładowo wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r., Köln-Aktienfonds Deka (C-156/17, EU:C:2020:51, pkt 74, 75).

charakterystyczne dla funduszu UCITS w porównaniu z jakimkolwiek innym funduszem, tego rodzaju rozróżnienie jest nieistotne. W istocie okoliczność, że aby stanowić restrykcję, dany środek musi mieć charakter dyskryminujący, nie oznacza, że każde rozróżnienie jest istotne. W odniesieniu do podstawowych swobód istotna jest nie tyle ogólna neutralność ekonomiczna lub spójność rozpatrywanych przepisów prawnych, kwestie te należą bowiem do zakresu prawa krajowego, lecz to, czy przepisy te stawiają konkretnie operacje transgraniczne w gorszej sytuacji.

34. Wreszcie chciałbym przypomnieć, że ograniczenie swobody przepływu może być uzasadnione nadrzędnymi względami interesu ogólnego i, w konsekwencji, nie może zostać uznane za sprzeczne z prawem Unii, jeśli jest ono stosowane bez dyskryminacji z uwagi na przynależność państwową, jest właściwe dla zagwarantowania realizacji zamierzonego celu i nie wykracza poza to, co jest konieczne dla jego osiągnięcia [28].

35. W tym względzie pragnę zauważyć, że choć w coraz większej liczbie wyroków Trybunał bada porównywalność sytuacji na etapie uzasadnienia, to jestem zdania, że jeśli – inaczej niż proponuję – Trybunał miałby nie podtrzymać pojęcia dyskryminacji stosowanego w przypadku zaistnienia niedozwolonego kryterium i uznałby, że szersza definicja dyskryminacji dotyczy każdego środka, którego przedmiotem lub skutkiem jest traktowanie porównywalnych sytuacji w odmienny sposób lub – odwrotnie – traktowanie odmiennych sytuacji tak samo, to takie porównanie należałoby przeprowadzić, w sposób wyraźny lub dorozumiany, zanim dany środek uznany zostanie za dyskryminujący i w konsekwencji zakwalifikowany jako ograniczenie [29]. W istocie w tym przypadku z tej szerokiej definicji dyskryminacji wynika, że porównanie stanowi czynnik kwalifikacji dyskryminacji.

36. Powód, dla którego w wielu wyrokach porównywalność sytuacji analizuje się jednak na etapie uzasadnienia, a nie na etapie, na którym bada się istnienie ograniczenia [30], wydaje się być związany z przyjętym w niektórych wyrokach podejściem, zgodnie z którym art. 65 ust. 1 lit. a) TFUE ustanawia *odstępstwo* od podstawowej zasady swobodnego przepływu kapitału, w związku z czym powinien być przedmiotem ścisłej wykładni [31].

37. Niezależnie od tego, że niektóre z wyroków, w których dokonano oceny porównywalności sytuacji na etapie uzasadnienia, dotyczyły podstawowych swobód innych niż swoboda przepływu kapitału [32], zaznaczam, że brzmienie art. 65 ust. 1 lit. a) TFUE nie uzasadnia przeprowadzania tego porównania dopiero na późniejszym etapie. W istocie przepis ten przewiduje jedynie, że „[a]rtykuł 63 nie narusza prawa państw członkowskich do stosowania odpowiednich przepisów ich prawa podatkowego traktujących odmiennie podatników ze względu na różne miejsce zamieszkania lub inwestowania kapitału". W tym kontekście stwierdzenie „nie narusza prawa państw członkowskich" i dalej oznacza po

28 Zobacz w tym zakresie wyrok z dnia 13 listopada 2019 r., College Pension Plan of British Columbia (C-641/17, EU:C:2019:960, pkt 83).

29 Zobacz przykładowo wyrok z dnia 13 marca 2014 r., Bouanich (C-375/12, EU:C:2014:138, pkt 45–56) lub wyrok z dnia 12 czerwca 2003 r., Gerritse (C-234/01, EU:C:2003:340, pkt 47). Zobacz K. Lenaerts i L. Bernardeau, „L'encadrement communautaire de la fiscalité directe", w: *Cahiers de droit européen*, vol. 1, Bruylant 2007, s. 19–109, s. 55.

30 W niektórych wyrokach Trybunał uznał, że po zakwalifikowaniu danego środka jako ograniczenie brak porównywalności może stanowić uzasadnienie jego dyskryminujących skutków. Zobacz przykładowo wyrok z dnia 22 listopada 2018 r., Sofina i in. (C-575/17, EU:C:2018:943, pkt 42). Jednak w innych wyrokach Trybunał analizował porównywalność sytuacji jako warunek do uznania danego środka za ograniczenie. Zobacz przykładowo wyroki: z dnia 13 marca 2014 r., Bouanich (C-375/12, EU:C:2014:138, pkt 45–56) lub z dnia 4 lipca 2018 r., NN (C-28/17, EU:C:2018:526, pkt 31–38). Wreszcie w niektórych sprawach Trybunał przeprowadzał wspomnianą analizę dwukrotnie: najpierw aby uznać dany środek za ograniczenie, a następnie na etapie uzasadnienia. 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 57, 65) lub, w odniesieniu do swobody przedsiębiorczości, z dnia 17 maja 2017 r., X (C-68/15, EU:C:2017:379, pkt 42, 50). W tych przypadkach pierwsze badanie porównywalności koncentrowało się zasadniczo na tym, czy odnośne osoby podlegały takiemu samemu traktowaniu pod względem podatkowym (co w istocie sprowadza się nie do zbadania porównywalności sytuacji, lecz zakresu rozpatrywanego środka), drugie zaś na porównywalności sytuacji z uwzględnieniem celu rozpatrywanych przepisów prawa krajowego.

31 Zobacz wyrok z dnia 22 listopada 2018 r., Sofina i in. (C-575/17, EU:C:2018:943, pkt 45).

32 Zobacz wyrok z dnia 17 lipca 2014 r., Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087, pkt 23).

prostu, że państwa członkowskie w istocie są uprawnione do uwzględniania statusu rezydencji podatników przy kształtowaniu ustawodawstwa w zakresie opodatkowania kapitału. Nie sugeruje ono, że istnieje wyjątek, a raczej że państwa członkowskie mogą ustanawiać odmienne zasady dla nierezydentów w pewnych okolicznościach, w których może to być zasadne.

38. Ponadto, gdyby przyjąć, że art. 65 ust. 1 lit. a) TFUE stanowi, ściśle rzecz ujmując, „odstępstwo", to oznaczałoby to, że test, jaki należałoby przeprowadzać w sprawach podatkowych w celu stwierdzenia, czy występuje ograniczenie, różniłby się w zależności od danej swobody przepływu, ponieważ, przykładowo, w odniesieniu do swobody przedsiębiorczości przyjmuje się, że sytuacje należy porównać zanim środek zostanie uznany za ograniczenie w tym wymiarze [33].

39. W mojej ocenie nie ma powodu, aby w kontekście swobodnego przepływu kapitału brak porównywalności dwóch sytuacji podatkowych miał być rozważany na innym etapie. Niezależnie od tego, czy sprawa dotyczy swobodnego przepływu kapitału, czy innej podstawowej swobody, definicja tego, co stanowi ograniczenie, powinna być taka sama.

40. W niniejszej sprawie, aby ustalić, czy § 32 ustawy o podatku dochodowym stanowi ograniczenie, strony spierały się głównie o znaczenie okoliczności, że fundusz SICAV dokonuje takich samych czynności jak fundusz wzajemny.

41. Jednakże, jak już wyjaśniłem, porównywalności sytuacji nie można oceniać w sposób abstrakcyjny. Porównanie to należy raczej przeprowadzić w świetle celu, do którego dąży sporny przepis, pod warunkiem że cel ten sam w sobie nie jest dyskryminujący [34]. Co za tym idzie, czynniki takie jak cele utworzenia spółki, forma prawna [35], rodzaj prowadzonej działalności czy zasady stosujące się do przedmiotowych spółek same w sobie nie są decydujące; to cel, jakiemu służy odnośny przepis prawa podatkowego, będzie przesądzał o tym, jakie kryteria są istotne.

42. Co za tym idzie, dla celów niniejszej sprawy nie można wyciągnąć żadnych konkretnych wniosków z faktu, że w pkt 50 wyroku z dnia 18 czerwca 2009 r., Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377), na który powołują się niektóre ze stron, Trybunał orzekł, że „okoliczność, iż w prawie fińskim nie istnieje typ spółek mających formę prawną taką samą jak SICAV prawa luksemburskiego, nie może *sama w sobie* uzasadnić odmiennego traktowania, jako że pozbawiałoby to swobodę przedsiębiorczości wszelkiej skuteczności (effet utile) wobec faktu, iż prawo spółek państw członkowskich nie jest całkiem zharmonizowane na poziomie [Unii]" [36].

43. Jak jasno wynika z użycia określenia „sama w sobie", Trybunał nie wykluczył możliwości, że okoliczność ta może być istotna w innych kontekstach [37]. W wyroku Aberdeen Property Fininvest Alpha [38] ta konkretna okoliczność była nieistotna, ponieważ, jak zauważył Trybunał, celem zamierzonym przez odnośny przepis była ochrona spółek dominujących będących rezydentami przed

33 Zobacz wyroki: z dnia 12 czerwca 2018 r., Bevola i Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424 pkt 32); z dnia 9 lutego 2017 r., X (C-283/15, EU:C:2017:102, pkt 29). W odniesieniu do swobody świadczenia usług zob. wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r., Anton van Zantbeek (C-725/18, EU:C:2020:54, pkt 26).

34 Zobacz przykładowo wyrok z dnia 1 grudnia 2011 r., Komisja/Węgry (C-253/09, EU:C:2011:795, pkt 61). W niektórych wyrokach wskazano, że sytuacje muszą być „obiektywnie porównywalne", co może być mylące, ponieważ może to sugerować, że istotne znaczenie mają różnice co do stanu faktycznego dwóch sytuacji, natomiast zgodnie z utrwalonym orzecznictwem porównywalność sytuacji transgranicznej z sytuacją wewnętrzną w państwie członkowskim musi być badana z uwzględnieniem celu zamierzonego przez odnośne przepisy. Zobacz wyrok z dnia 26 lutego 2019 r., X (Spółki pośrednie z siedzibą w państwach trzecich) (C-135/17, EU:C:2019:136, pkt 64).

35 Używając określenia stosowanego przez niektóre strony.

36 Podkreślenie moje.

37 Zobacz przykładowo wyrok z dnia 21 czerwca 2018 r., Fidelity Funds i in. (C-480/16, EU:C:2018:480, pkt 51). Co za tym idzie, przepis podatkowy może przewidywać różne traktowanie przedsiębiorstw zbiorowego inwestowania w zależności od tego, czy zostały one ustanowione zgodnie z prawem zobowiązań, czy na podstawie statutu, jeśli taka okoliczność jest istotna w świetle celów, którym służy odnośny przepis, a owa różnica w traktowaniu jest zgodna z przepisami prawa Unii.

38 Wyrok z dnia 18 czerwca 2009 r., Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377).

opodatkowaniem kaskadowym zysków wypłacanych przez spółkę zależną będącą rezydentem. W tym kontekście konkretna forma prawna tych podmiotów podlegających opodatkowaniu, o ile spółki dominujące są rzeczywiście zarejestrowane w formie spółki, nie wydaje się istotna do celów oceny, czy podmioty te znajdują się w porównywalnej sytuacji.

44. To samo dotyczy sytuacji, w której spółka podlega dyrektywie UCITS. Faktem jest, że dyrektywa ta przewiduje, iż UCITS może zostać utworzone zgodnie z prawem zobowiązań lub na podstawie statutu, jednak okoliczność ta może być istotna dla oceny występowania ograniczenia tylko w przypadku, gdy odnośny przepis podatkowy służy [określonemu] celowi, a realizacja tego celu uzależniona jest od tego, czy fundusz stanowi UCITS [39]. Przykładowo gdyby intencją Finlandii było opodatkowanie dochodu wypłaconego przez fundusze UCITS w określony sposób, to byłaby ona zobowiązana traktować fundusze SICAV prawa luksemburskiego, które mieszczą się w pojęciu UCITS, oraz fundusze wzajemne prawa fińskiego, również objęte tym pojęciem, w sposób identyczny.

45. Warto zatem wspomnieć, że w wielu państwach członkowskich prawo podatkowe uważane jest, ogólnie rzecz biorąc, za odrębne od innych gałęzi prawa, w związku z czym charakterystyka prawna określonych sytuacji dla celów prawa handlowego lub prawa cywilnego niekoniecznie przekłada się na kwestie podatkowe. Jednym z najlepszych tego przykładów jest niewątpliwie fakt, że w kwestiach podatkowych pojęcie rezydencji może być odmienne od tego, jakie stosuje się przykładowo w kontekście prawa rodzinnego.

46. Zgodnie z wyjaśnieniem, które zaproponuję poniżej, test przyjęty przez Finlandię w § 32 ustawy o podatku dochodowym w niniejszej sprawie nie jest ani konkretny, ani związany z tym, czy odnośny podmiot stanowi UCITS, a dotyczy raczej tego, czy stanowi on spółkę. Samo w sobie nie oznacza to, że prawo fińskie nie jest dyskryminujące. Kluczowa dla tej oceny staje się kwestia, czy na skutek uznania odnośnego dochodu za dywidendę prawo to przewiduje odmienne skutki podatkowe dla transakcji podobnych.

47. Wreszcie można przypomnieć, że ograniczenie swobodnego przepływu kapitału jest dopuszczalne tylko wtedy, gdy jest to uzasadnione – w przypadkach dyskryminacji bezpośredniej – względami wprost wskazanymi w traktacie [40] lub – w przypadkach dyskryminacji pośredniej – także nadrzędnymi względami interesu ogólnego, i w takim przypadku tylko jeśli jest ono odpowiednie dla zagwarantowania realizacji zamierzonego przez nie celu i nie wykracza poza to, co jest niezbędne do jego osiągnięcia [41].

48. W niniejszej sprawie sąd odsyłający i strony skupiły się w swoich uwagach na praktyce fińskich organów podatkowych, polegającej na traktowaniu funduszy SICAV prawa luksemburskiego, do celów opodatkowania wypłaconego dochodu, tak jak spółki na gruncie prawa fińskiego. Zaznaczam jednak, że sporna interpretacja jest wynikiem zastosowania kolejno, zgodnie z drzewem decyzji, trzech przepisów, z których każdy skutkował wyłączeniem możliwości zastosowania innych sposobów opodatkowania, a mianowicie:

– § 32 ustawy o podatku dochodowym, ponieważ wprowadza on rozróżnienie na dywidendy i udziały w zyskach;

39 Tym bardziej, że motyw 83 dyrektywy UCITS przewiduje, iż dyrektywa ta nie powinna naruszać krajowych przepisów podatkowych. W każdym razie podstawowe swobody stosują się tylko w zakresie, w jakim dana kwestia nie jest w pełni zharmonizowana. Zobacz przykładowo wyrok z dnia 14 marca 2013 r., Komisja/Francja (C-216/11, EU:C:2013:162, pkt 27).

40 Zobacz, w odniesieniu do przepisów podatkowych, opinia rzecznika generalnego A. Tizzana w sprawie SEVIC Systems (C-411/03, EU:C:2005:437, pkt 55) lub bardziej ogólnie wyroki: z dnia 7 maja 1997 r., Pistre i in. (od C-321/94 do C-324/94, EU:C:1997:229, pkt 52); z dnia 1 października 2009 r., Woningstichting Sint Servatius (C-567/07, EU:C:2009:593, pkt 25).

41 Zobacz przykładowo wyrok z dnia 26 lutego 2019 r., X (Spółki pośrednie z siedzibą w państwach trzecich) (C-135/17, EU:C:2019:136, pkt 70).

– § 33c ust. 1 i 2 wspomnianej ustawy, w zakresie, w jakim przepis ten wyłącza możliwość zastosowania § 33a i 33b do spółek, które nie spełniają warunków określonych w § 33c ust. 1 lub 2;

– § 33c ust. 3 ustawy o podatku dochodowym, ponieważ przepis ten kwalifikuje zyski wypłacone przez określone spółki zagraniczne jako dochody z tytułu zatrudnienia.

49. W tym kontekście uważam, że przepisy te należy kolejno przeanalizować odrębnie [42].

A. W przedmiocie występowania ograniczenia wskutek wprowadzenia przez § 32 ustawy o podatku dochodowym rozróżnienia wypłaconego zysku na zysk stanowiący dywidendę i stanowiący udziały

50. E twierdzi, że zaskarżona interpretacja traktuje dochody wypłacane przez zagraniczne UCITS utworzone w formie luksemburskiego SICAV w ten sam sposób jak dochody wypłacane przez krajowe spółki akcyjne, co skutkuje wyższym opodatkowaniem ich udziałowców niż ma to miejsce w przypadku fińskich funduszy inwestycyjnych i ich inwestorów.

51. Przyjmuje się jednak, że rozróżnienie to nie jest oparte na krajowym prawie materialnym mającym zastosowanie do funduszy. W istocie zagraniczne fundusze inwestycyjne nieposiadające osobowości prawnej traktowane są dokładnie tak samo jak krajowe fundusze nieposiadające osobowości prawnej. Co za tym idzie, nie można stwierdzić istnienia dyskryminacji bezpośredniej.

52. Jeśli chodzi o istnienie potencjalnej dyskryminacji pośredniej, to faktem jest, że prawo fińskie dopuszcza jedynie tworzenie przedsiębiorstw zbiorowego inwestowania mających formę kontraktową. Jednak fakt ten sam w sobie nie jest wystarczający, by stwierdzić istnienie dyskryminacji pośredniej. Jak już wyjaśniłem, aby dyskryminacja ta wystąpiła, zastosowane kryterium musi skutkować postawieniem osób niebędących obywatelami lub rezydentami w gorszej sytuacji, nawet jeśli brzmienie tego przepisu poza tym stosuje się bez rozróżnienia.

53. W niniejszej sprawie różnica między traktowaniem funduszy SICAV prawa luksemburskiego i funduszy wzajemnych prawa fińskiego jest konsekwencją przewidzianego w prawie fińskim rozróżnienia na udziały w zyskach i dywidendy. Abstrahując od tego, że rozróżnienie to jest często wprowadzane przez ustawodawców krajowych, moim zdaniem nie można tylko z faktu, iż prawo fińskie nie dopuszcza tworzenia funduszy inwestycyjnych w formie spółek, wywodzić wniosku, że ustawodawca fiński chciał w ten sposób uprzywilejować krajowe fundusze inwestycyjne.

54. W każdym wypadku zaznaczam, że o ile Trybunał uznał, iż porównywalność należy oceniać w świetle celu, któremu służy odnośny przepis, o tyle orzekł również – wprawdzie w kontekście dyskryminacji ze względu na płeć; nie widzę jednak powodu, dla którego test braku dyskryminacji miałby w niniejszym kontekście być inny – że do celów dokonania oceny wystąpienia różnicy w traktowaniu należy wziąć pod uwagę wszystkie osoby podlegające ustawodawstwu krajowemu, w którym pojawia się różnica w traktowaniu, ponieważ, co do zasady, to zakres tego ustawodawstwa determinuje krąg osób, które należy uwzględnić w porównaniu [43].

42 Dokonanie ogólnej oceny połączonego skutku tych trzech przepisów może wydawać się kuszące, jednak takie podejście wiąże się z ryzykiem, że – gdyby uznać, iż ograniczenie występuje – przepisy skutkujące owym ograniczeniem nie byłyby precyzyjnie wskazane, w związku z czym państwo członkowskie zmieniłoby swoje przepisy bardziej niż to konieczne.

43 Zobacz podobnie wyroki: z dnia 6 grudnia 2007 r., Voß (C-300/06, EU:C:2007:757, pkt 40, 41); z dnia 3 października 2019 r., Schuch-Ghannadan (C-274/18, EU:C:2019:828, pkt 47). Podobnie, w obszarze pomocy państwa, Trybunał bada istnienie selektywnej korzyści przez odwołanie do ram odniesienia. Zobacz podobnie moja opinia w sprawach połączonych UNESA i in. (od C-105/18 do C-113/18, EU:C:2019:395, pkt 80).

55. Co za tym idzie, ponieważ w niniejszej sprawie rozróżnienie wprowadzone przez fińskiego ustawodawcę między udziały w zysku i dywidendy stosuje się nie tylko do zysków wypłacanych przez fundusze inwestycyjne, ale bardziej ogólnie do zysków wypłacanych przez jakikolwiek podmiot podlegający opodatkowaniu, można przyjąć, że cel przyświecający temu rozróżnieniu i w konsekwencji ramy odniesienia dla oceny porównywalności sytuacji znajdują się na tym poziomie.

56. Choć ustalenie, jaki jest dokładnie cel tego rozróżnienia, należy do sądu krajowego, to z przedmiotowych przepisów można wnioskować, że § 33c ust. 1 i 2 mają na celu, przynajmniej w części, wyłączenie z zakresu § 33a i 33b dochodu, co do którego, przynajmniej na pierwszy rzut oka, można uznać, że nie był on przedmiotem podwójnego opodatkowania [44].

57. Co za tym idzie, w świetle tego celu można uznać, że zyski wypłacane przez fundusze SICAV prawa luksemburskiego różnią się od zysków wypłacanych przez fundusz wzajemny prawa fińskiego, ponieważ te ostatnie nie podlegają opodatkowaniu u źródła.

58. W każdym wypadku można zauważyć, że dzięki sklasyfikowaniu zysków wypłacanych przez luksemburskie fundusze SICAV jako dywidend – przy czym taka kwalifikacja występuje także w prawie luksemburskim – rozpatrywane ustawodawstwo fińskie może okazać się bardziej korzystne dla inwestorów, ponieważ w rezultacie inwestorzy mogą być uprawnieni do zastosowania § 33a i 33b ustawy o podatku dochodowym, których celem jest ograniczenie podwójnego opodatkowania zysków. W istocie tylko pod tym warunkiem zyski te mogą podlegać mechanizmom przewidzianym w tych przepisach [45].

59. Mając na względzie powyższe okoliczności, jestem zdania, że przepis taki jak § 32 ustawy o podatku dochodowym sam w sobie nie stanowi ograniczenia swobody przepływu. Jeżeli występuje dyskryminacja działająca na niekorzyść luksemburskich funduszy SICAV, to nie należy jej przypisywać przepisowi § 32, a wynika ona raczej z przepisów tworzących wyjątek od zastosowania tego sposobu opodatkowania do określonych spółek. W tym miejscu wyjaśnię, że tego rodzaju dyskryminacja pojawia się na kolejnym etapie zastosowania odnośnych przepisów.

B. W przedmiocie przepisu wykluczającego spółki, które nie spełniają warunków określonych w § 33c ust. 1 lub ust. 2, z zakresu stosowania § 33a i 33b ustawy o podatku dochodowym

60. Zgodnie z § 33c ust. 1 i 2 ustawy o podatku dochodowym dywidendy otrzymane od podmiotów zagranicznych są wyłączone z zastosowania § 33a i 33b tej ustawy, chyba że podmiot ten jest spółką w rozumieniu art. 2 dyrektywy 2011/96 albo nie był zobowiązany do zapłaty co najmniej 10-procentowego podatku od dochodu, z którego wypłacono dywidendę [46], oraz jeśli, dodatkowo, podmiot ten nie ma siedziby w państwie należącym do EOG lub nie obowiązuje umowa o unikaniu podwójnego opodatkowania odnosząca się do wypłaconych dywidend.

44 W istocie w braku osobowości prawnej podmiot nie może co do zasady podlegać obowiązkom. Nie musi to jednak być prawdą. W rzeczywistości ponieważ prawo podatkowe uważa się ogólnie za autonomiczną dziedzinę prawa w większości państw członkowskich, nie można wykluczyć, że w niektórych z nich podmioty nieposiadające osobowości prawnej mogą podlegać podatkowi dochodowemu, tak jak w Finlandii, ale, w przeciwieństwie do tego państwa, nie są zwolnione z podatku. W konsekwencji wypłacane przez nie zyski mogą podlegać podwójnemu opodatkowaniu, a tym samym z punktu widzenia celu mechanizmów zmierzających do ograniczania skutków podwójnego opodatkowania można uznać, że podmioty te są w sytuacji porównywalnej do spółek. A zatem, z tego punktu widzenia, § 32 ustawy o podatku dochodowym może budzić pewne wątpliwości w kwestii, czy owa równoważność ma charakter dyskryminujący, jednak wątpliwości te wynikają raczej z zastosowania jako kryterium braku osobowości prawnej odnośnego podmiotu, nie zaś faktu, że nie są to podmioty opodatkowane. Jednakże ponieważ w niniejszej sprawie i) kwestia ta nie została podniesiona przez sąd odsyłający, ii) nie jest pewne, czy są państwa członkowskie, które postępują w ten sposób, oraz iii) uznano, że przedmiotowy dochód został wypłacony przez podmiot mający osobowość prawną, nie będę analizował tej kwestii.

45 Przeciwnie, gdyby organy podatkowe zastosowały zasady opodatkowania mające zastosowanie do dywidend do zysków wypłacanych przez podmiot zagraniczny niemający osobowości prawnej, to takie traktowanie mogłoby stanowić dyskryminację i tym samym ograniczenie podstawowej swobody, ponieważ w takim przypadku inwestorzy straciliby możliwość skorzystania z przepisów § 33a i 33b ustawy o podatku dochodowym.

46 Choć analizowane przepisy tego nie precyzują, to z akt sprawy wynika, że zastosowane tu pojęcie „podatku" odnosi się jedynie do podatków opierających się na zyskach wypracowanych przez podmiot podlegający opodatkowaniu.

61. W zakresie, w jakim § 33c ust. 1 i 2 przewiduje, że warunki te stosuje się wyłącznie do spółek zagranicznych, przepis ten ustanawia różnicę w traktowaniu w oparciu o przynależność państwową [47]. Ponadto, jako że zarówno podmioty regulowane prawem fińskim, jak i te regulowane prawem zagranicznym mogą podlegać podwójnemu opodatkowaniu, zróżnicowane w ten sposób sytuacje należy uznać, w świetle celu tego przepisu, za porównywalne [48]. W tych okolicznościach wniosek, że § 33c ust. 1 i 2 ustanawia dyskryminację bezpośrednią ze względu na przynależność państwową i w konsekwencji ograniczenie swobodnego przepływu kapitału, jest nieunikniony.

62. Ponieważ dyskryminacja ma charakter bezpośredni, może ona być uzasadniona jedynie względami określonymi w traktatach, pod warunkiem że zastosowany środek jest proporcjonalny do zapewnienia tego celu.

63. W tym względzie można zauważyć, że art. 65 ust. 1 lit. b) TFUE przewiduje, iż „[a]rtykuł 63 [TFUE] nie narusza prawa państw członkowskich do […] podejmowania wszelkich środków niezbędnych do zapobiegania naruszeniom ich ustaw i aktów wykonawczych, zwłaszcza w sferze podatkowej i w dziedzinie nadzoru ostrożnościowego nad instytucjami finansowymi”.

64. W niniejszej sprawie można przyjąć, że celem zamierzonym przez § 33c ust. 1 i 2 jest zapewnienie, by wyłącznie dochód wypłacony przez zagraniczne podmioty opodatkowane, który został już opodatkowany u źródła, mógł korzystać z mechanizmów ograniczających skutki podwójnego opodatkowania. Można uznać, że tego rodzaju cel mieści się w zakresie względów określonych w art. 65 ust. 1 lit. b) TFUE związanych z zapobieganiem naruszeniom prawa podatkowego, które w oczywisty sposób obejmują nienależne korzyści [49].

65. Ponadto rozróżnienie to wydaje się być właściwe dla zapewnienia, by cel ten został osiągnięty, i nie wykracza poza to, co niezbędne w celu jego osiągnięcia [50]. Dochodzę do tego wniosku z poniżej wskazanych względów.

66. Po pierwsze, przepisy § 33c ust. 1 i 2 ustawy o podatku dochodowym nie wyłączają możliwości skorzystania przez podmiot zagraniczny z mechanizmów określonych w § 33a i 33b tej ustawy, a ich celem jest raczej określenie warunków mających zapewnić, by wyłącznie zyski, które zostały już opodatkowane, mogły korzystać z tego mechanizmu.

67. Po drugie, przepisy te pozostawiają stawkę 10% podatku dla podmiotu, który nie jest objęty zakresem art. 2 dyrektywy 2011/96, która jest niższa niż stawka podatku dochodowego od osób prawnych obowiązująca w Finlandii.

68. W związku z tym przepis polegający na wyłączeniu określonych zagranicznych podmiotów z zakresu § 33a i 33b, choć stanowi dyskryminację bezpośrednią, wydaje się jednak być uzasadniony przez odniesienie do względu wskazanego w samym TFUE i proporcjonalny do tego względu. W tych konkretnych okolicznościach przepis ten należy uznać za zgodny z prawem Unii, pod warunkiem jednak, że ów mechanizm ograniczenia zmierza jedynie do skorygowania wspomnianej różnicy w wieloetapowym opodatkowaniu owych zysków, co powinien zbadać sąd odsyłający.

47 Z uwagi na to, że z formalnego punktu widzenia § 33c ust. 1 i 2 ustawy o podatku dochodowym odnosi się do spółek zagranicznych, wydaje mi się wykluczone, aby wprowadzone przez ten przepis rozróżnienie dotyczyło spółek, które zapłaciły podatek, i spółek, które go nie zapłaciły.

48 Zobacz podobnie wyrok z dnia 24 listopada 2016 r., SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, pkt 55).

49 Zobacz przykładowo wyrok z dnia 11 października 2007 r., ELISA (C-451/05, EU:C:2007:594, pkt 81).

50 Zobacz podobnie wyrok z dnia 9 marca 2017 r., Piringer (C-342/15, EU:C:2017:196, pkt 53).

C. W przedmiocie środka polegającego na zaklasyfikowaniu dywidend wypłacanych przez określone spółki zagraniczne jako dochodów z tytułu zatrudnienia

69. Zgodnie z § 33c ust. 3 ustawy o podatku dochodowym zyski wypłacone przez podmioty zagraniczne, które nie spełniają warunków określonych w § 33c ust. 1 i 2 tej ustawy, opodatkowane są nie jako zyski kapitałowe, lecz jako dochody z tytułu zatrudnienia. Jak wskazała Komisja, przepis ten wprowadza formę dyskryminacji bezpośredniej w odniesieniu do podmiotów zagranicznych, ponieważ stosuje się wyłącznie do tego rodzaju podmiotów.

70. Rząd fiński nie wskazał możliwego wyjaśnienia takiej klasyfikacji i nie jest jasne, jakiego rodzaju wyjaśnienie, w oparciu o przepisy traktatów, mogłoby uzasadniać wynikającą z tego zauważalną różnicę w traktowaniu.

71. Nawet jeśli takie wyjaśnienie istnieje, to aby uzasadnić tego rodzaju rozróżnienie, zastosowany środek musiałby być proporcjonalny do celu, jakiemu ma służyć. Oczywiście zrozumiałe jest, że po stronie państw członkowskich istnieje potrzeba zapewnienia, by korzyści wynikające z mechanizmów mających na celu ograniczenie skutków podwójnego opodatkowania stosowały się wyłącznie do dochodów objętych tym zjawiskiem. Jednakże aby było to proporcjonalne, brak spełnienia warunków zastosowania mechanizmów zmierzających do ograniczenia skutków podwójnego opodatkowania zysków musi z logicznego punktu widzenia wiązać się z utratą korzyści wynikających ze wspomnianych mechanizmów, i co za tym idzie, dochód musi zostać opodatkowany w całości.

72. Sytuacja ta nie wystąpiła w niniejszej sprawie, ponieważ zaistnienie odmiennej klasyfikacji zysków do celów podatkowych – gdzie dochody z tytułu zatrudnienia uznawane są za odrębne od dochodów kapitałowych – uzależnione jest wyłącznie od tożsamości i rezydencji podmiotu zagranicznego, a nie od tego, czy zyski te w innym przypadku byłyby zagrożone podwójnym opodatkowaniem. Nie można w realistyczny sposób stwierdzić, że dochód, który nie spełnia tych warunków, powinien automatycznie zostać przekwalifikowany na dochód z tytułu zatrudnienia. Jest tak tym bardziej, że zgodnie z § 32 ustawy o podatku dochodowym dywidendy wypłacane przez spółki stanowią co do zasady dochody kapitałowe.

73. Choć § 33c ust. 3 ustawy o podatku dochodowym dotyczy dochodów wypłaconych przez podmioty podlegające opodatkowaniu, które to dochody nie zostały opodatkowane u źródła, w związku z czym, w świetle celu tego środka, należy uznać, że fundusze wzajemne prawa fińskiego i fundusze SICAV prawa luksemburskiego znajdują się w identycznej sytuacji, to zyski, które podmioty te wypłacają, są jednak traktowane odmiennie. Zyski wypłacane przez podmioty fińskie traktowane są jak dochody kapitałowe, podczas gdy dywidendy wypłacane przez fundusz SICAV uznawane są za dochody z tytułu zatrudnienia i, jak wspomniano wcześniej, podlegają opodatkowaniu progresywnemu na wyższym poziomie.

74. Wydaje się zatem jasne, że poprzez opodatkowanie dywidend wypłacanych przez fundusz SICAV prawa luksemburskiego tak jak dochodów z tytułu zatrudnienia wyłącznie z tego powodu, że nie spełniają one warunków skorzystania z mechanizmów przewidzianych w § 33a i 33b ustawy o podatku dochodowym, w fińskim prawie podatkowym ustanowiono ograniczenie w rozumieniu art. 65 TFUE, którego nie można uznać za proporcjonalne do żadnego nadrzędnego względu związanego z interesem ogólnym.

75. W tym względzie podkreślam, że istnienie tego rodzaju dyskryminacji nie może wpływać na ważność środka polegającego na traktowaniu dywidend i udziałów w zyskach w odmienny sposób. Faktem jest, że dyskryminacja może wynikać ze skutków danego przepisu. Jednakże w niniejszej sprawie fakt, że wypłacone zyski zostały w zaskarżonej interpretacji potraktowane jako dywidendy, nie musi koniecznie prowadzić do wniosku, iż całe prawo fińskie ma charakter dyskryminujący. Dyskryminacja ta występuje wyłącznie z tego powodu, że ustawa o podatku dochodowym przewiduje,

iż w przypadku gdy spółka nie spełnia warunków określonych w § 33c ust. 1 i ust. 2 tej ustawy, wypłacony zysk należy traktować jako dochody z tytułu zatrudnienia (odrębne od dochodów kapitałowych). W związku z tym za niezgodny z prawem Unii uznać należy wyłącznie § 33c ust. 3 ustawy o podatku dochodowym.

V. Wnioski

76. W świetle powyższych uwag proponuję, aby Trybunał udzielił na skierowane do niego pytanie następującej odpowiedzi:

Artykuły 63 i 65 TFUE należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwiają się one przepisom krajowym, zgodnie z którymi dochód wypłacony osobie fizycznej zamieszkującej w Finlandii przez przedsiębiorstwo zbiorowego inwestowania mające siedzibę w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej i posiadające formę statutową w rozumieniu dyrektywy 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) opodatkowuje się jako dywidendę, a nie jako udziały w zysku. Postanowienia te należy również interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwiają się one przepisom krajowym, które wyłączają zastosowanie mechanizmów mających ograniczyć skutki podwójnego opodatkowania, w przypadku gdy zyski te wypłacane są przez spółki, które zostały opodatkowane w innym państwie członkowskim według stawki niższej niż przewidziana w tych przepisach, pod warunkiem że wspomniany mechanizm ograniczenia ma na celu wyłącznie skorygowanie owej różnicy w wieloetapowym opodatkowaniu wspomnianych zysków, przy czym okoliczność tę powinien zbadać sąd odsyłający. Jednakże postanowienia te należy także interpretować w ten sposób, że sprzeciwiają się one temu, by wspomniane przepisy krajowe przewidywały przekwalifikowanie dywidend wypłacanych przez tego rodzaju spółki na dochody z tytułu zatrudnienia, podczas gdy te same przepisy przewidują, że dywidendy stanowią co do zasady dochody kapitałowe.