Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MELCHIORA WATHELETA
przedstawiona w dniu 21 listopada 2013 r.[1]

Sprawa C-326/12

Rita van Caster,
Patrick van Caster
przeciwko
Finanzamt Essen-Süd

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Finanzgericht Düsseldorf (Niemcy)]

Swobodny przepływ kapitału — Opodatkowanie zysków z funduszy inwestycyjnych niepodających dokładnych informacji o zyskach do wiadomości inwestorów („Fundusze niejawne")

I – **Wprowadzenie**

1. Przedmiotem niniejszego postępowania w trybie prejudycjalnym jest zgodność regulacji krajowych, takich jak §§ 5 i 6 Investmentsteuergesetz (niemieckiej ustawy w sprawie podatku od inwestycji, zwanej dalej „InvStG"), z przepisami traktatu FUE dotyczącymi swobody przepływu kapitału. W świetle mających zastosowanie w tej sprawie regulacji krajowych zyski inwestora z funduszu inwestycyjnego podlegają opodatkowaniu podatkiem ryczałtowym w przypadku, gdy spółka zarządzająca funduszem narusza obowiązki dotyczące przejrzystości i przekazywania informacji przewidziane w tej ustawie.

II – **Ramy prawne**

A – *Prawo Unii*

2. Artykuł 63 ust. 1 TFUE (dawny art. 56 ust. 1 WE) stanowi:

„W ramach postanowień niniejszego rozdziału zakazane są wszelkie ograniczenia w przepływie kapitału między państwami członkowskimi oraz między państwami członkowskimi a państwami trzecimi".

3. Zgodnie z art. 65 ust. 3 TFUE (dawny art. 58 ust. 3 WE):

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

1 — Język oryginału: francuski.

4. Dyrektywa Rady 77/799/EWG z dnia 19 grudnia 1977 r. dotycząca wzajemnej pomocy właściwych władz państw członkowskich w obszarze podatków bezpośrednich oraz opodatkowania składek ubezpieczeniowych [2], obowiązująca w czasie, w którym miały miejsce okoliczności faktyczne w niniejszej sprawie, stanowiła w art. 1, zatytułowanym „Przepisy ogólne", iż:

„1. Zgodnie z przepisami niniejszej dyrektywy właściwe władze państw członkowskich udzielają sobie wszelkich informacji, które mogą im umożliwić dokonanie prawidłowego naliczenia podatków od dochodu i kapitału.

2. Za podatki od dochodu i kapitału, bez względu na sposób ich pobierania, uważa się wszystkie podatki od całkowitego dochodu, całkowitego kapitału lub od elementów dochodu czy kapitału, łącznie z podatkami od przychodów z tytułu sprzedaży kapitału ruchomego lub nieruchomego, podatki od wynagrodzeń płacone przez przedsiębiorstwa, jak również podatki od wzrostu wartości kapitału.

[…]".

5. Artykuł 2 tej dyrektywy, zatytułowany „Prawo przymusowego wykupu", stanowi:

„1. Właściwa władza państwa członkowskiego może zwrócić się z wnioskiem do właściwej władzy innego państwa członkowskiego o przekazanie określonych informacji wskazanych w art. 1 ust. 1, w szczególnej sprawie. Właściwa władza państwa, do której wniosek jest skierowany, nie ma, zgodnie z tym przepisem, obowiązku uwzględnienia takiego wniosku, jeżeli wydaje się, że właściwa władza państwa występującego z takim wnioskiem nie wyczerpała własnych zwyczajowo uznawanych źródeł informacji, których mogłaby użyć odpowiednio do okoliczności w celu uzyskania wymaganych informacji bez ryzyka uzyskania poszukiwanych informacji po zakończeniu postępowania [bez ryzyka naruszenia wyników poszukiwań].

2. W celu udzielenia informacji, o których mowa w ust. 1, właściwa władza państwa członkowskiego, do której wniosek jest skierowany, przeprowadza w danej sprawie niezbędne dochodzenie".

6. Artykuł 11 wspomnianej dyrektywy, zatytułowany „Zastosowanie szeroko rozumianych przepisów dotyczących pomocy", stanowi, iż:

„Wyżej wymienione przepisy nie stoją na przeszkodzie realizacji dalej idących obowiązków, które służą wymianie informacji, a które mogłyby wynikać z innych aktów prawnych".

B – *Prawo niemieckie*

7. Finanzgericht Düsseldorf opiera się na następujących przepisach InvStG.

8. Paragraf 5 InvStG w brzmieniu z dnia 15 grudnia 2003 r., mający zastosowanie od dnia 1 stycznia 2004 r., stanowi:

„Podstawy opodatkowania

(1) Paragrafy 2 i 4 podlegają zastosowaniu jedynie wówczas, gdy

2 — Dz.U. L 336, s. 15. Dyrektywa ta została uchylona z dniem 1 stycznia 2013 r. dyrektywą Rady 2011/16/UE z dnia 15 lutego 2011 r. w sprawie współpracy administracyjnej w dziedzinie opodatkowania i uchylającą dyrektywę 77/799/EWG (Dz.U. L 64, s. 1). Mimo iż nowa dyrektywa wprowadza istotne zmiany do systemu wymiany informacji pomiędzy organami podatkowymi państw członkowskich, zmiany te nie mają znaczenia dla niniejszej analizy.

1. przy każdej wypłacie spółka inwestycyjna wykazuje inwestorom w języku niemieckim, w odniesieniu do udziału w inwestycjach:

   a) wysokość kwoty do wypłaty (z co najmniej czterema cyframi po przecinku),

   b) wysokość wypłaconych zysków (z co najmniej czterema cyframi po przecinku),

   c) kwoty zawarte w zyskach, a mianowicie:

      aa) zyski za rok poprzedni zrównane z wypłatą,

      bb) nadwyżki z odsprzedaży objęte wyłączeniem w rozumieniu § 2 ust. 3 pkt 1 zdanie pierwsze,

      cc) zyski w rozumieniu § 3 pkt 40 ustawy o podatku dochodowym,

      dd) zyski w rozumieniu § 8 b ust. 1 ustawy o podatku od spółek,

      ee) nadwyżki z odsprzedaży w rozumieniu § 3 pkt 40 ustawy o podatku dochodowym,

      ff) nadwyżki z odsprzedaży w rozumieniu § 8b ust. 2 ustawy o podatku od spółek,

      gg) zyski w rozumieniu § 2 ust. 3 pkt 1 zdanie drugie, z wyłączeniem zysków kapitałowych w rozumieniu § 20 ustawy o podatku dochodowym,

      hh) nadwyżki z odsprzedaży objęte wyłączeniem w rozumieniu § 2 ust. 3 pkt 2,

      ii) zyski w rozumieniu § 4 ust. 1,

      jj) zyski w rozumieniu § 4 ust. 2, w stosunku do których nie miało miejsca potrącenie na podstawie ust. 4,

      kk) zyski w rozumieniu § 4 ust. 2, które na podstawie konwencji o unikaniu podwójnego opodatkowania uprawniają do zaliczenia na poczet podatku dochodowego lub podatku od spółek podatku uznanego za zapłacony,

   d) część wypłaty uprawniająca do zaliczenia lub zwrotu podatku od zysków kapitałowych w rozumieniu:

      aa) § 7 ust. 1 i 2,

      bb) § 7 ust. 3,

   e) wysokość podatku od zysków kapitałowych podlegających zaliczeniu lub zwrotowi w rozumieniu:

      aa) § 7 ust. 1 i 2,

      bb) § 7 ust. 3,

f) kwota podatków zagranicznych od przychodów w rozumieniu § 4 ust. 2, zawartych w wypłacanych zyskach i:

aa) podlegająca potrąceniu na podstawie § 34c ust. 1 ustawy o podatku dochodowym lub konwencji o unikaniu podwójnego opodatkowania,

bb) podlegająca potrąceniu na podstawie § 34c ust. 3 ustawy o podatku dochodowym, jeśli nie miało miejsca potrącenie na podstawie § 4 ust. 4,

cc) uznana za zapłaconą w świetle konwencji o unikaniu podwójnego opodatkowania,

g) wysokość potrącenia ze względu na amortyzację lub pomniejszenie kapitału na podstawie § 3 ust. 3 zdanie pierwsze,

h) wysokość obniżenia podatku od spółek, na który spółka wypłacająca zyski powołuje się na podstawie § 37 ust. 3 ustawy o podatku od spółek;

2. przy zyskach zrównanych z wypłatami spółka inwestycyjna wykazuje inwestorom w języku niemieckim, w odniesieniu do udziału w inwestycjach, informacje odpowiednio do pkt 1 najpóźniej cztery miesiące po upływie roku obrotowego, w którym ich wpływ uznaje się za dokonany;

3. spółka inwestycyjna wykazuje informacje, o których mowa w pkt 1 i 2 w związku ze sprawozdaniem rocznym w rozumieniu § 45 ust. 1, § 122 ust. 1 lub 2 ustawy w sprawie inwestycji w elektronicznym federalnym dzienniku urzędowym; do informacji powinno być dołączone zaświadczenie podmiotu uprawnionego do zawodowego świadczenia usług doradztwa handlowego zgodnie z § 3 ustawy o zawodzie doradcy podatkowego oraz uznanego przez właściwy organ administracji podmiotu audytorskiego lub podobnego podmiotu potwierdzającego, iż informacje zostały ustalone zgodnie z przepisami niemieckiego prawa podatkowego; § 323 kodeksu handlowego powinien być stosowany mutatis mutandis. Jeżeli postanowienie o wypłacie nie zostało opublikowane w elektronicznym federalnym dzienniku urzędowym zgodnie z przepisami ustawy w sprawie inwestycji, należy również wskazać miejsce, w którym postanowienie to zostało opublikowane w języku niemieckim;

4. zagraniczna spółka inwestycyjna określa sumę zysków, których wpływ na rzecz właściciela zagranicznych udziałów w inwestycjach uznano za dokonany po dniu 31 grudnia 1993 r. i które nie zostały jeszcze uwzględnione w ramach zysków objętych odpisami podatkowymi, oraz wykazuje je przy zastosowaniu ceny odsprzedaży;

5. zagraniczna spółka inwestycyjna na żądanie w pełni wykaże wobec federalnego centralnego urzędu podatków prawidłowość informacji, o których mowa w pkt 1, 2 i 4 w terminie trzech miesięcy. Jeżeli zaświadczenia zostały sporządzone w języku obcym, urząd może zażądać poświadczonego tłumaczenia na język niemiecki. Jeżeli zagraniczna spółka inwestycyjna przekazała informacje zawierające nieścisłości co do kwot, powinna uwzględnić różnice w kwotach z własnej inicjatywy lub na wniosek federalnego centralnego urzędu podatków w publikacji za bieżący rok.

Jeżeli informacje wskazane w pkt 1 lit. c) lub lit. f) nie są dostępne, zyski zostają opodatkowane na podstawie § 2 ust. 1 zdanie pierwsze i § 4 nie ma zastosowania”[3].

3 — Jak wskazuje rząd niemiecki, § 5 InvStG był następnie kilkakrotnie nowelizowany, jednak wprowadzane zmiany były mało istotne i bez znaczenia dla sporu w tej sprawie.

9. Paragraf 6 InvStG w brzmieniu z dnia 15 grudnia 2003 r. obowiązujący od dnia 1 stycznia 2004 r. stanowi:

„(Opodatkowanie w braku informacji [o zyskach])Jeżeli warunki § 5 ust. 1 nie są spełnione, należy uwzględnić u inwestora wypłaty z tytułu udziałów w inwestycjach, zysk pośredni oraz 70% nadwyżki wynikającej z różnicy pomiędzy pierwszą ceną odsprzedaży określoną w roku kalendarzowym a ostatnią ceną odsprzedaży określoną w roku kalendarzowym dla udziału w inwestycjach. Należy uwzględnić przynajmniej 6% ostatniej ceny odsprzedaży określonej w roku kalendarzowym. Jeżeli nie zostanie określona cena odsprzedaży, stosuje się w jej miejsce cenę giełdową lub rynkową […]".

10. Artykuł 26 konwencji pomiędzy Królestwem Belgii a Republiką Federalną Niemiec o unikaniu podwójnego opodatkowania i uregulowaniu niektórych innych kwestii w dziedzinie podatku dochodowego i majątkowego, w tym opodatkowania patentów i podatków od nieruchomości, podpisanej w dniu 11 kwietnia 1967 r. (zwanej dalej „konwencją przeciwdziałającą podwójnemu opodatkowaniu") stanowi, iż:

„(Wymiana informacji)

1. Właściwe władze umawiających się państw będą wymieniały informacje konieczne dla stosowania postanowień konwencji i ustaw krajowych umawiających się państw dotyczących podatków objętych niniejszą konwencją w zakresie, w jakim opodatkowanie w nich przewidziane jest zgodne z konwencją.

[…]".

III – **Spór w postępowaniu głównym i pytanie prejudycjalne**

11. R. van Caster i jej syn P. van Caster, obywatele belgijscy, mający miejsce zamieszkania w Niemczech posiadają udziały w funduszach reinwestycyjnych z siedzibą w innym państwie członkowskim aniżeli Republika Federalna Niemiec. Udziały zostały umieszczone w depozycie banku BBL/ING mającego siedzibę w Belgii.

12. R. van Caster i P. van Caster zadeklarowali zyski z tytułu udziałów w funduszach inwestycyjnych w oparciu o określenie lub oszacowanie, według załączonych wykazów lub wedle informatora giełdowego, a zatem 8 435,43 EUR za 2003 r., 10 500,94 EUR za 2004 r., 12 318,18 EUR za 2005 r., 13 263,04 EUR za 2006 r., 12 672,46 EUR za 2007 r. i 14 272,88 EUR za 2008 r., czyli ogółem 71 462,93 EUR.

13. Z kolei Finanzamt Essen-Süd, stwierdzając, iż nie zostały spełnione warunki określone w § 5 InvStG, określił te zyski zgodnie z § 6 InvStG, w świetle którego to przepisu opodatkowanie powinno być ustalone ryczałtowo na co najmniej 6% ostatniej ceny odsprzedaży określonej w roku kalendarzowym. W oparciu o tę metodę zyski zostały określone w następującej wysokości: 38 503,53 EUR za 2003 r., 32 691,41 EUR za 2004 r., 63 603,62 EUR za 2005 r., 49 463,21 EUR za 2006 r., 37 045,03 EUR za 2007 r. oraz 25 139,27 EUR za 2008 r., czyli ogółem 246 446,07 EUR.

14. R. van Caster i P. van Caster wnieśli skargę od tej decyzji Finanzamt Essen-Süd do Finanzgericht Düsseldorf, podnosząc, iż postanowienia § 6 InvStG, obowiązujące od 2004 r., są niezgodne z prawem Unii Europejskiej, a w szczególności z przepisami traktatu FUE dotyczącymi swobody przepływu kapitału.

15. Na rozprawie przed sądem odsyłającym strony w postępowaniu głównym porozumiały się w zakresie dotyczącym roku 2003 w kwestii faktycznej w ten sposób, że zyski z tego roku należy oszacować na 4% ceny odsprzedaży z dnia 31 grudnia 2003 r., czyli na kwotę 19 848,07 EUR.

16. W odniesieniu do lat 2004–2008 R. van Caster i P. van Caster wnieśli do sądu odsyłającego o modyfikację decyzji podatkowych w ten sposób, iż podstawą opodatkowania wspomnianych zysków będą zyski zadeklarowane. Finanzamt Essen-Süd wniósł o oddalenie skargi, zajmując stanowisko, iż § 6 InvStG jest zgodny z prawem Unii.

17. W tych okolicznościach Finanzgericht Düsseldorf postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy ryczałtowe opodatkowanie zysków z tak zwanych „niejawnych" (krajowych i) zagranicznych funduszy inwestycyjnych na podstawie § 6 Investmentsteuergesetz (ustawy w sprawie podatku od inwestycji) narusza prawo Unii Europejskiej (art. 56 WE), ponieważ opodatkowanie to stanowi ukryte ograniczenie swobodnego przepływu kapitału (art. 58 ust. 3 WE)?".

IV – **Postępowanie przed Trybunałem**

18. Pytanie prejudycjalne zostało zarejestrowane w sekretariacie Trybunału Sprawiedliwości w dniu 10 lipca 2012 r. R. van Caster i P. van Caster, Finanzamt Essen-Süd, rządy niemiecki i Zjednoczonego Królestwa, jak również Komisja Europejska złożyli pisemne uwagi i, z wyjątkiem rządu Zjednoczonego Królestwa, podmioty te wygłosiły również uwagi na rozprawie w dniu 9 października 2013 r.

V – **Analiza**

A – *Uwagi wstępne na temat §§ 5 i 6 InvStG*

19. W świetle § 5 InvStG, jeżeli spółka inwestycyjna wypełnia obowiązki przekazywania w języku niemieckim niektórych informacji inwestorom i władzom niemieckim w wymaganej formie i określonym terminie, zyski z udziałów w funduszach inwestycyjnych podlegają ogólnemu systemowi przejrzystego opodatkowania (§§ 2 i 4 InvStG), czyli, jak podkreśla Komisja, opodatkowaniu opartemu na rzeczywistych wartościach lub przynajmniej oszacowanych zgodnie z postanowieniami § 162 niemieckiego kodeksu podatkowego, a nie na wartościach ryczałtowych, tak jakby podatnik zainwestował swój majątek bezpośrednio, a nie za pośrednictwem funduszu inwestycyjnego.

20. W sytuacji, w której spółka inwestycyjna nie spełnia wymogów przewidzianych w § 5 ust. 1 InvStG, inwestor jest zobowiązany do zapłaty podatku od kwoty ryczałtowej ustalonej w § 6 tej ustawy na co najmniej 6% ostatniej ceny odsprzedaży określonej w ciągu roku kalendarzowego. Zdaniem sądu odsyłającego, to obliczenie ryczałtowe nie pozwala na żadne wyłączenie, które umożliwiłoby nałożenie na podatnika podatku na podstawie rzeczywistej, a w każdym razie – oszacowanej wartości osiągniętych zysków.

21. A zatem to podatnik ponosi skutki okoliczności, iż spółka, która zarządza funduszem inwestycyjnym, nie stosuje się do postanowień InvStG.

22. Zasadniczo, §§ 5 i 6 InvStG mają zastosowanie bez rozróżnienia do niemieckich i zagranicznych spółek inwestycyjnych, z wyjątkiem obowiązku obliczenia i podania do wiadomości, z ceną odsprzedaży, kwoty zysków, których wpływ na rzecz właściciela zagranicznych udziałów w inwestycjach uznano za dokonany po 31 grudnia 1993 r. (§ 5 ust. 1 pkt 4 InvStG) z jednej strony, a z drugiej strony obowiązku wykazania w sposób kompletny federalnemu centralnemu urzędowi podatków prawdziwości określonych danych (§ 5 ust. 1 pkt 5 InvStG). Te dwa obowiązki są nałożone jedynie na zagraniczne spółki inwestycyjne.

23. W zakresie tego ostatniego obowiązku należy stwierdzić, iż obejmuje on obowiązek wykazania przez inwestorów prawdziwości danych przed federalnym centralnym urzędem podatków na żądanie tego urzędu, przedstawione bez konieczności jego uzasadnienia w jakikolwiek sposób. Brak w aktach sprawy wyjaśnienia przyczyn, dla których ten obowiązek dowodowy nie dotyczy również niemieckich spółek inwestycyjnych.

24. Jeśli chodzi o zastosowanie InvStG do okoliczności tej sprawy, to zwracam uwagę, iż sąd odsyłający nie wskazuje wymogu lub wymogów wynikających z § 5 InvStG, które nie byłyby spełnione przez zagraniczną spółkę inwestycyjną w tej sprawie. Okoliczność ta nie ma wpływu na moją ocenę, ponieważ, jak stwierdziła Komisja i z czym się zgodził na rozprawie Finanzamt Essen-Süd, niespełnienie choćby jednej z przesłanek przewidzianych w § 5 ust. 1 InvStG skutkuje opodatkowaniem ryczałtowym, o którym mowa w § 6 InvStG.

B – *W przedmiocie istnienia ograniczenia swobody przepływu kapitału*

25. Sąd odsyłający powołuje się w swoim pytaniu na art. 56 WE i art. 58 ust. 3 WE, które obowiązywały w okresie, w którym miały miejsce okoliczności faktyczne w postępowaniu głównym i które zostały zastąpione, mającymi to samo brzmienie, art. 63 TFUE i art. 65 ust. 3 TFUE.

1. Stanowisko stron

26. Finanzamt Essen-Süd jak również rządy niemiecki i Zjednoczonego Królestwa zaprzeczają istnieniu ograniczenia w swobodzie przepływu kapitału. Uważają, iż ustawa krajowa, taka jak ustawa mająca zastosowanie w niniejszej sprawie, która obowiązuje bez rozróżnienia w stosunku do niemieckich i zagranicznych spółek inwestycyjnych, nie może ustanawiać ograniczenia wspomnianej swobody.

27. Podmioty te są również zdania, iż w niniejszej sprawie nie występuje też ukryte ograniczenie. Zdaniem Finanzamt Essen-Süd i rządu niemieckiego, władze niemieckie są uprawnione do żądania od podatników wszelkich dowodów, które uznają za niezbędne w celu prawidłowego naliczenia należnego podatku dochodowego.

28. Podnoszą, iż w rzeczywistości ustawodawstwo mające zastosowanie w tej sprawie nie nakłada na zagraniczne spółki inwestycyjne szczególnych utrudnień. Uważają, iż jest tak również w odniesieniu do dwóch wymogów, które są nałożone wyłącznie na zagraniczne spółki inwestycyjne, to znaczy do obowiązku podania do wiadomości ceny odsprzedaży i sumy zysków, których wpływ na rzecz właściciela zagranicznych udziałów w inwestycjach uznano za dokonany po dniu 31 grudnia 1993 r. (§ 5 ust. 1 pkt 4 InvStG), oraz do obowiązku wykazania w pełni wobec federalnego centralnego urzędu podatków prawidłowości niektórych informacji (§ 5 ust. 1 pkt 5 InvStG).

29. Na poparcie swojego stanowiska Finanzamt Essen-Süd i rząd niemiecki powołują się na okoliczność, iż w 2011 r. federalny centralny urząd podatków zbadał ok. 31 800 informacji pochodzących od zagranicznych spółek inwestycyjnych. Rząd niemiecki dodaje, iż naruszenie obowiązków dotyczących określenia sumy zysków i przekazania informacji wynikających z § 5 InvStG zostało stwierdzone jedynie w odniesieniu do 25% tych zagranicznych spółek inwestycyjnych.

30. Wychodząc z założenia, iż sąd odsyłający nie przywołuje wymogów nałożonych wyłącznie na zagraniczne spółki inwestycyjne w § 5 ust. 1 pkt 4 i 5 InvStG, Komisja koncentruje swoją analizę na dwóch obowiązkach wskazanych przykładowo przez sąd odsyłający jako takich, których zagraniczne spółki inwestycyjne „często” nie wypełniają, a więc obowiązku podawania do wiadomości zysków w języku niemieckim i publikowania danych wymaganych w InvStG w wersji elektronicznej federalnego dziennika urzędowego.

31. W odniesieniu do pierwszego z tych obowiązków Komisja zwraca uwagę, iż regulacje ostrożnościowe mające zastosowanie do funduszy inwestycyjnych w latach objętych sporem, a w szczególności art. 47 dyrektywy 85/611/EWG [4], przewidywały wymagania językowe jedynie w stosunku do informacji, które były istotne dla celów nadzoru ostrożnościowego i z tej przyczyny podlegały publikacji.

32. W zakresie drugiego obowiązku Komisja podnosi, iż to raczej interesy handlowe aniżeli postanowienia InvStG skłaniają fundusze zagraniczne do przekazywania takich informacji inwestorom niemieckim w języku niemieckim i do ich publikowania w tym języku w federalnym dzienniku urzędowym.

33. W odniesieniu do opodatkowania ryczałtowego, przewidzianego w § 6 InvStG, Komisja uważa za możliwe do przyjęcia, z zastrzeżeniem ustaleń dokonanych przez sąd odsyłający, iż chodzi o ukryte ograniczenie polegające na tym, iż korzyść podatkowa, to znaczy opodatkowanie na podstawie rzeczywistych lub oszacowanych wartości zależy od formalności, które – odmiennie aniżeli spółki zagraniczne – z pewnością spełniają spółki krajowe, ukierunkowane przede wszystkim na klientelę krajową, z którą porozumiewają się we wspólnym dla nich języku.

34. Przeciwnie, zagraniczna spółka inwestycyjna nie spełni tych warunków w przypadku sprzedaży jej udziałów w Niemczech, w sytuacji, w której jedynym powodem dostosowania się do tych warunków jest opodatkowanie inwestorów z siedzibą w tym państwie, a nie jej własne cele gospodarcze.

35. Jeśli chodzi o R. van Caster i P. van Castera, to popierają oni stanowisko przyjęte przez sąd odsyłający, zgodnie z którym, mimo zastosowania bez zróżnicowania § 5 InvStG do krajowych i zagranicznych spółek inwestycyjnych, występuje dyskryminacja ukryta lub faktyczna w stosunku do tych drugich, ponieważ niemal wszystkie niemieckie spółki inwestycyjne spełniają wymogi przewidziane w § 5 InvStG, podczas gdy zagraniczne spółki inwestycyjne często nie mają powodów, aby się do nich stosować.

2. Ocena

36. W pierwszej kolejności należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, pomimo że opodatkowanie bezpośrednie podlega kompetencjom państw członkowskich, to jednak muszą one wykonywać je z poszanowaniem prawa Unii [5].

37. Z utrwalonego orzecznictwa wynika również, iż do środków zakazanych przez art. 63 ust. 1 TFUE stanowiących ograniczenia w przepływie kapitału zaliczają się te, które mogą zniechęcić osoby niebędące rezydentami do dokonania inwestycji w danym państwie członkowskim lub które mogą zniechęcić rezydentów tego państwa członkowskiego do dokonywania inwestycji w innych państwach [6].

38. Jak Trybunał już orzekł w sprawie, która legła u podstaw wyroku w sprawie Persche z dnia 27 stycznia 2009 r. dotyczącego możliwości uzyskania w Niemczech ulgi podatkowej z tytułu darowizn przekazywanych organizacjom uznanym za organizacje pożytku publicznego, w przypadku gdy mają one siedzibę w innych państwach członkowskich, „[…] ponieważ możliwość odliczenia od podatku może mieć istotny wpływ na postawę darczyńcy, brak możliwości odliczenia w Niemczech darowizn

4 — Dyrektywa Rady z dnia 20 grudnia 1985 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do przedsiębiorstw zbiorowego inwestowania w zbywalne papiery wartościowe (UCITS) (Dz.U. L 375, s. 3).

5 — Zobacz wyroki: z dnia 4 marca 2004 r. w sprawie C-334/02 Komisja przeciwko Francji, Rec. s. I-2229, pkt 21; z dnia 20 stycznia 2011 r. w sprawie C-155/09 Komisja przeciwko Grecji, Zb.Orz. s. I-65, pkt 39; z dnia 16 czerwca 2011 r. w sprawie C-10/10 Komisja przeciwko Austrii, Zb.Orz. s. I-5389, pkt 23; z dnia 10 maja 2012 r. w sprawach połączonych od C-338/11 do C-347/11 Santander Asset Management SGIIC i in., pkt 14.

6 — Zobacz wyroki: z dnia 25 stycznia 2007 r. w sprawie C-370/05 Festersen, Zb.Orz. s. I-1129, pkt 24; z dnia 18 grudnia 2007 r. w sprawie C-101/05 A, Zb.Orz. s. I-11531, pkt 40; z dnia 10 lutego 2011 r. w sprawach połączonych C-436/08 i C-437/08 Haribo Lakritzen Hans Riegel i Österreichische Salinen, Zb.Orz. s. I-305, pkt 50; a także ww. wyrok w sprawie Santander Asset Management SGIIC i in., pkt 15.

dokonanych na rzecz organizacji uznanych za organizacje pożytku publicznego, jeżeli mają one siedzibę w innych państwach członkowskich, może mieć wpływ na gotowość niemieckich podatników do dokonywania darowizn na ich rzecz. Przepis ten stanowi więc ograniczenie swobodnego przepływu kapitału, co do zasady zakazane przez art. 63 TFUE”[7].

39. Ponadto Trybunał orzekł w ostatnim czasie, w odniesieniu do przepisu prawa polskiego ograniczającego zagraniczne inwestycje polskich otwartych funduszy emerytalnych do 5% wartości aktywów danego funduszu, iż „taki przepis wywołuje również skutki ograniczające względem spółek z siedzibą w innych państwach członkowskich, gdyż stwarza na ich niekorzyść utrudnienia w gromadzeniu kapitału w Polsce z tego względu, że nabycie między innymi akcji lub tytułów uczestnictwa emitowanych przez instytucje wspólnego inwestowania jest ograniczone […]”[8].

40. W sposób wyraźny wynika zatem z orzecznictwa Trybunału, iż krajowy przepis, którego skutkiem jest zniechęcenie rezydentów danego państwa członkowskiego do inwestycji w przedsiębiorstwo z siedzibą w innym państwie członkowskim, jak również uniemożliwienie przedsiębiorstwom z siedzibą w innych państwach członkowskich przyciągania inwestorów mających siedzibę lub będących rezydentami w tym państwie członkowskim, stanowi ograniczenie swobody przepływu kapitału.

41. Należy zatem ustalić, czy §§ 5 i 6 InvStG wywierają skutek zniechęcający.

42. O ile prawdą jest, iż warunki określone w § 5 InvStG mają zastosowanie bez różnicy do krajowych i zagranicznych spółek inwestycyjnych (z wyjątkiem obowiązków przewidzianych w ust. 1 pkt 4 i 5) i, jak wskazuje rząd Zjednoczonego Królestwa, wydają się możliwe do spełnienia przez wielki bank międzynarodowy, to jednak bezsprzeczne jest, iż niezależnie od trudności technicznych, jakie się z nimi wiążą, zagraniczna spółka inwestycyjna, która nie jest ukierunkowana w ogóle lub jedynie w niewielkim stopniu na rynek niemiecki, nie ma żadnego interesu w spełnieniu tych wymogów. I to tym bardziej, że to inwestor będzie ponosił konsekwencje decyzji spółki zarządzającej funduszem o niezastosowaniu się do tych wymogów.

43. Skutki dla inwestora mogą być poważne. W odróżnieniu od rządu niemieckiego, który stoi na stanowisku, że opodatkowanie ryczałtowe na podstawie § 6 InvStG jest umiarkowane, podzielam opinię Komisji, iż dochód ustalony ryczałtowo na 6% jest sam w sobie wysoki, zwłaszcza w sytuacji, w której stawki procentowe utrzymują się przez długi okres na niskich poziomach. Rząd niemiecki wskazał na rozprawie, iż wysokość ta została ustalona w 2004 r., kiedy weszła w życie obowiązująca obecnie nowelizacja InvStG i nie była już później zmieniana.

44. W niniejszej sprawie skutkiem zastosowania § 6 InvStG jest zmiana wysokości podlegających opodatkowaniu zysków R. van Caster i P. van Castera z rzeczywistej lub oszacowanej wartości 71 462,93 EUR na wartość ustaloną ryczałtowo na 246 446,07 EUR.

45. Jestem zatem zdania, jak zresztą sugeruje to sąd odsyłający, iż łączny skutek §§ 5 i 6 InvStG, czyli poważne ryzyko wyższego opodatkowania (w wyniku ryczałtowego określenia zysków podlegających opodatkowaniu) związane z wysokim prawdopodobieństwem, iż zagraniczne spółki inwestycyjne nie stosują się do wymogów wynikających z §§ 5 i 6 InvStG, ma skutek zniechęcający niemieckich inwestorów do inwestowania w zagraniczne fundusze inwestycyjne.

7 — Wyrok w sprawie C-318/07, Zb.Orz. s. I-359, pkt 38, 39.

8 — Zobacz wyrok z dnia 21 grudnia 2011 r. w sprawie C-271/09 Komisja przeciwko Polsce, pkt 52. Zobacz także wyroki: z dnia 6 czerwca 2000 r. w sprawie C-35/98 Verkooijen, Zb.Orz. s. I-4071, pkt 34, 35; z dnia 15 lipca 2004 r. w sprawie C-242/03 Weidert i Paulus, Zb.Orz. s. I-7379, pkt 13, 14.

46. Ów wniosek, a mianowicie, że w niniejszej sprawie istnieje ukryte ograniczenie swobody przepływu kapitału, jest dodatkowo potwierdzony przez okoliczność, iż § 6 InvStG wyklucza wszelkie odmienne ustalenie czy oszacowanie, w szczególności na podstawie danych przekazanych przez samego inwestora-podatnika.

47. O ile bowiem Trybunał często wskazywał na tę okoliczność w toku uzasadnienia [9], co i ja w dalszej kolejności uczynię, o tyle orzekł on we wspomnianym wyroku w sprawie Meilicke i in., iż „[…] przepisy krajowe […], na mocy których ulga podatkowa jest przyznawana jedynie po przedstawieniu zaświadczenia zgodnego z systemem wewnętrznym danego państwa członkowskiego, *bez żadnej możliwości wykazania przez akcjonariusza za pomocą innych dowodów i właściwych informacji podatku faktycznie zapłaconego przez spółkę wypłacającą dywidendy*, stanowią ukryte ograniczenie swobodnego przepływu kapitału, zakazane przez art. 65 ust. 3TFUE […]” [10].

48. W świetle powyższych uwag należy stwierdzić, iż łącznym skutkiem §§ 5 i 6 InvStG jest ograniczenie swobody przepływu kapitału.

C – *W przedmiocie uzasadnienia*

49. Pozostaje jeszcze zbadać, czy takie ograniczenie może być uzasadnione w świetle postanowień traktatu FUE.

50. Trybunał kilkakrotnie orzekł, iż swobodny przepływ kapitału może być ograniczony w przepisach krajowych wyłącznie, jeżeli jest to uzasadnione jednym z powodów wymienionych w art. 65 TFUE lub nadrzędnym względem interesu ogólnego w rozumieniu orzecznictwa Trybunału [11].

51. Finanzamt Essen-Süd i rząd niemiecki nie przywołują żadnego z powodów wskazanych w art. 65 TFUE, ale dwa nadrzędne względy interesu ogólnego uznane przez Trybunał za pozwalające na uzasadnienie ograniczenia swobody przepływu kapitału, a mianowicie zachowanie rozdziału kompetencji podatkowej między państwa członkowskie [12] i skuteczność kontroli podatkowych [13].

52. Jeśli chodzi o zachowanie rozdziału kompetencji podatkowej między państwa członkowskie, która to przyczyna nie została przywołana na rozprawie, to Finanzamt Essen-Süd i rząd niemiecki podnieśli w swoich pisemnych uwagach, iż postanowienia InvStG mają na celu jednakowe traktowanie podatkowe zarówno inwestycji w fundusze jak i inwestycji dokonywanych bezpośrednio, z jednej strony, oraz inwestycji w fundusze zagraniczne i w fundusze krajowe, z drugiej strony. Finanzamt Essen-Süd przypomina, że Republika Federalna Niemiec opodatkowuje zyski osiągane za granicą przez swoich rezydentów, którzy powinni zatem podlegać nieograniczonemu podatkowi dochodowemu.

9 — Zobacz wyroki: z dnia 8 lipca 1999 r. w sprawie C-254/97 Baxter i in., Rec. s. I-4809, pkt 19, 20; z dnia 28 października 1999 r. w sprawie C-55/98 Vestergaard, Rec. s. I-7641, pkt 26; z dnia 11 października 2007 r. w sprawie C-451/05 ELISA, Zb.Orz. s. I-8251, pkt 95; ww. wyrok w sprawie Persche, pkt 53; z dnia 6 października 2011 r. w sprawie C-493/09 Komisja przeciwko Portugalii, Zb.Orz. s. I-9247, pkt 46; z dnia 28 lutego 2013 r. w sprawie C-544/11 Petersen, pkt 51.

10 — Zobacz wyrok z dnia 30 czerwca 2011 r. w sprawie C-262/09 Meilicke i in., Zb.Orz. s. I-5669, pkt 40. Podkreślenie moje.

11 — Zobacz wyrok z dnia 14 lutego 2008 r. w sprawie C-274/06 Komisja przeciwko Hiszpanii, Zb.Orz. s. I-26, pkt 35; ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Polsce, pkt 55.

12 — Zobacz wyroki: z dnia 13 grudnia 2005 r. w sprawie C-446/03 Marks & Spencer, Zb.Orz. s. I-10837, pkt 45; z dnia 7 września 2006 r. w sprawie C-470/04 N, Zb.Orz. s. I-7409, pkt 42; z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie C-231/05 Oy AA, Zb.Orz. s. I-6373, pkt 51; z dnia 15 maja 2008 r. w sprawie C-414/06 Lidl Belgium, Zb.Orz. s. I-3601, pkt 31; z dnia 25 lutego 2010 r. w sprawie C-337/08 X Holding, Zb.Orz. s. I-1215, pkt 28; z dnia 29 listopada 2011 r. w sprawie C-371/10 National-Grid Indus, pkt 45.

13 — Zobacz wyroki: z dnia 20 lutego 1979 r. w sprawie 120/78 Rewe-Zentral, zwany „wyrokiem w sprawie Cassis de Dijon”, Rec. s. 649, pkt 8; z dnia 15 maja 1997 r. w sprawie C-250/95 Futura Participations i Singer, Rec. s. I-2471, pkt 31; z dnia 10 marca 2005 r. w sprawie C-39/04 Laboratoires Fournier, Zb.Orz. s. I-2057, pkt 24; z dnia 11 czerwca 2009 r. w sprawie C-155/08 i C-157/08 X i Passenheim-van Schoot, Zb.Orz. s. I-5093, pkt 45; z dnia 1 lipca 2010 r. w sprawie C-233/09 Dijkman i Dijkman-Lavaleije, Zb.Orz. s. I-6649, pkt 58; ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Portugalii, pkt 42; ww. wyrok w sprawie Meilicke i in., pkt 41; wyrok z dnia 5 lipca 2012 r. w sprawie C-318/10 SIAT, pkt 36; ww. wyrok w sprawie Petersen, pkt 50.

53. Moim zdaniem, z akt sprawy w sposób wyraźny wynika, iż w niniejszej sprawie nie występuje żadna kwestia rozdziału kompetencji podatkowej między państwa członkowskie. Ten nadrzędny wzgląd interesu ogólnego dotyczy systemu służącego „zapobieganiu zachowaniom, które mogłyby zagrażać prawu państwa członkowskiego do wykonywania przysługującej mu kompetencji podatkowej w związku z działalnością wykonywaną na jego terytorium” [14], a konkretniej, sytuacji, w której podatnicy zmierzają do zakwestionowania kompetencji podatkowej państwa członkowskiego na rzecz kompetencji innego państwa, która byłaby dla nich korzystniejsza. W niniejszej sprawie taki przypadek nie ma miejsca, ponieważ Republika Federalna Niemiec zachowuje kompetencję podatkową w odniesieniu do zysków osiągniętych przez jej rezydentów, nawet pochodzących z inwestycji w fundusze zagraniczne. W rezultacie nie występuje w niniejszej sprawie żadna kwestia rozdziału kompetencji podatkowej między państwa członkowskie.

54. W każdym razie argumentacja Finanzamt Essen-Süd i rządu niemieckiego w tym zakresie w żaden sposób nie dotyczy zachowania rozdziału kompetencji podatkowej między państwa członkowskie, ale raczej równości pomiędzy rezydentami niemieckimi w zakresie opodatkowania niemieckimi podatkami niezależnie od rodzaju lub położenia ich inwestycji.

55. Jeśli chodzi o skuteczność kontroli podatkowych, Finanzamt Essen-Süd i rząd niemiecki uważają, iż istnieje ryzyko, iż niemieckie organy podatkowe nie są w stanie w sposób skuteczny pobrać podatku od zysków pochodzących z zagranicznych funduszy inwestycyjnych, a to w szczególności w sytuacji, gdy zyski z funduszy inwestycyjnych podlegają tezauryzacji – ponieważ w tej sprawie chodzi o fundusze reinwestycyjne – a zatem nie dochodzi do żadnej wypłaty w państwie, w którym ma być dokonana zapłata podatku od zysków kapitałowych.

56. Z orzecznictwa Trybunału wynika, iż konieczność zapewnienia skuteczności kontroli podatkowych może stanowić jeden z nadrzędnych względów interesu ogólnego, mogący uzasadniać ograniczenie podstawowych wolności zagwarantowanych w traktacie FUE [15].

57. Jak podnosi rząd niemiecki, organy podatkowe mogą domagać się od podatnika wszelkich dowodów, które wydają się im konieczne dla oceny kwestii, czy spełnione są przesłanki dla możliwości uzyskania ulgi podatkowej [16].

58. Powołując się na wyrok z dnia 28 października 2010 r. w sprawie C-72/09 Établissements Rimbaud, Zb.Orz. s. I-10659, pkt 35, rząd Zjednoczonego Królestwa dodaje, iż „państwo członkowskie może bowiem stosować środki umożliwiające dokonywanie w sposób jasny i precyzyjny kontroli wysokości kwoty podlegającej zapłacie przez podatników”, a w rezultacie nie jest przesadzone, że państwo członkowskie wyłącza z zakresu ulgi podatkowej niektóre sytuacje, w których „nie jest w stanie wykonywać rzeczywistej i skutecznej kontroli spełnienia warunków, którym według prawa krajowego podlega taka ulga” (opinia rzecznika generalnego Y. Bota w sprawie, która legła u podstaw ww. wyroku w sprawie A, pkt 134).

14 — Wyrok z dnia 21 stycznia 2010 r. w sprawie C-311/08 SGI, Zb.Orz. s. I-487, pkt 60 i przytoczone tam orzecznictwo. Zobacz także ww. wyrok w sprawie Oy AA, pkt 54; wyrok z dnia 18 czerwca 2009 r. w sprawie C-303/07 Aberdeen Property Fininvest Alpha, Zb.Orz. s. I-5145, pkt 66.

15 — Zobacz ww. wyroki: w sprawie Cassis de Dijon, pkt 8; w sprawie Futura Participations i Singer, pkt 31; w sprawie Laboratoires Fournier, pkt 24; w sprawie X i Passenheim-van Schoot, pkt 45; w sprawie Dijkman i Dijkman-Lavaleije, pkt 58; w sprawie Komisja przeciwko Portugalii, pkt 42; w sprawie Meilicke i in., pkt 41; w sprawie SIAT, pkt 36; w sprawie C-544/11 Petersen, pkt 50.

16 — Zobacz wyroki: z dnia 3 października 2002 r. w sprawie C-136/00 Danner, Rec. s. I-8147, pkt 50; z dnia 26 czerwca 2003 r. w sprawie C-422/01 Skandia i Ramstedt, Rec. s. I-6817, pkt 43; ww. wyrok w sprawie Persche, pkt 54.

59. Jednakże aby dany środek stanowiący ograniczenie mógł być uzasadniony koniecznością zapewnienia skuteczności nadzoru podatkowego, powinien być zgodny z zasadą proporcjonalności, w tym znaczeniu, że powinien być właściwy dla zagwarantowania realizacji zamierzonego przezeń celu i nie powinien wykraczać poza to, co jest konieczne dla jego osiągnięcia [17].

60. Jest prawdopodobne, iż informacje, jak również kontrola prawdziwości niektórych danych wymagana w § 5 InvStG mają pozwolić niemieckim organom podatkowym na prawidłowe ustalenie podatku od zysków z funduszy inwestycyjnych i to na podstawie ich wartości rzeczywistej lub oszacowanej. Mam jednak poważne powody, aby uważać, że uregulowanie niemieckie wykracza poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia tego celu prawidłowego określenia należnego podatku.

61. Jak już podniosłem, sąd odsyłający nie wskazuje obowiązków wynikających z § 5 InvStG, do których naruszenia miało dojść w sprawie R. van Caster i P. van Castera, ale punkty wspólne różnych kategorii wymogów przewidzianych we wspomnianym § 5 pozwalające na wyciągniecie następujących wniosków.

62. Przede wszystkim § 5 InvStG nakłada obowiązki tylko na spółki inwestycyjne, a nie na podatników, których zyski podlegają opodatkowaniu w Niemczech. W sytuacji, w której te spółki, które zarządzają funduszami inwestycyjnymi, mają siedzibę za granicą, nie tylko nie są one opodatkowane w tym państwie członkowskim, ale również nie podlegają prawu niemieckiemu.

63. Ponadto, w odniesieniu do dużej liczby informacji wymaganych przez § 5 InvStG, niemieckie organy podatkowe mogły wystąpić o pomoc do organów podatkowych państwa członkowskiego, w którym spółka inwestycyjna ma siedzibę, a w tym przypadku Królestwa Belgii, na podstawie art. 2 ust. 1 dyrektywy 77/799 bądź też powołać się na art. 26 konwencji pomiędzy Królestwem Belgii a Republiką Federalną Niemiec o unikaniu podwójnego opodatkowania, co, zgodnie z ustaleniami sądu odsyłającego, nie zostało uczynione.

64. Istotnie, jak Trybunał już stwierdził we wspomnianym wyroku w sprawie Persche, „właściwe organy podatkowe na podstawie dyrektywy 77/799 mogą zwracać się do organów innych państw członkowskich o udzielenie *informacji koniecznych* dla prawidłowego ustalenia wymiaru podatku podatnika […] Informacjami bowiem, o przekazanie których dyrektywa 77/799 pozwala zwracać się właściwym władzom państwa członkowskiego, są właśnie *wszelkie te informacje, które owym władzom wydają się niezbędne w celu prawidłowego naliczenia kwoty podatku* na gruncie przepisów, które one same zobowiązane są stosować” [18]. Władze niemieckie są więc uprawnione do zwracania się do władz belgijskich o informacje wymienione w § 5 ust. 1 pkt 1 i 2 InvStG.

65. Ponadto, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem [19], niezależnie od zastosowania tych dwóch regulacji ustanawiających wymianę informacji, to znaczy dyrektywy 77/799 i konwencji pomiędzy Królestwem Belgii a Republiką Federalną Niemiec o unikaniu podwójnego opodatkowania, bezwzględny zakaz uniemożliwiający podatnikowi dostarczenie organom podatkowym koniecznych informacji, w tym przypadku R. van Caster i P. van Casterowi, w celu udowodnienia, iż wartość rzeczywista lub oszacowana ich udziału w zagranicznym funduszu inwestycyjnym jest niższa aniżeli wartość domniemana na podstawie § 6 InvStG, nie może być w sytuacji wewnętrznej Unii uzasadniony w świetle swobody przepływu kapitału.

17 — Zobacz ww. wyrok w sprawie Meilicke i in., pkt 42. Zobacz także wyrok z dnia 30 listopada 1995 r. w sprawie C-55/94 Gebhard, Rec. s. I-4165, pkt 37; ww. wyroki: w sprawie A, pkt 56; w sprawie Persche, pkt 52.

18 — Punkty 61 i 62 ww. wyroku w sprawie Persche, podkreślenie moje. Zobacz także podobnie wyrok z dnia 11 sierpnia 1995 r. w sprawie C-80/94 Wielockx, Rec. s. I-2493, pkt 26; ww. wyroki: w sprawie Futura Participations i Singer, pkt 41; w sprawie Vestergaard, pkt 26, 28; w sprawie Danner, pkt 49; w sprawie Skandia i Ramstedt, pkt 42; wyroki: z dnia 14 września 2006 r. w sprawie C-386/04 Centro di Musicologia Walter Stauffer, Zb.Orz. s. I-8203, pkt 50; z dnia 30 stycznia 2007 r. w sprawie C-150/04 Komisja przeciwko Danii, Zb.Orz. s. I-1163, pkt 52; z dnia 29 marca 2007 r. w sprawie C-347/04 Rewe Zentralfinanz, Zb.Orz. s. I-2647, pkt 56; z dnia 27 września 2007 r. w sprawie C-184/05 Twoh International, Zb.Orz. s. I-7897, pkt 36.

19 — Zobacz ww. wyrok w sprawie Meilicke i in., pkt 43, 44. Zobacz także podobnie ww. wyroki: w sprawie Baxter i in., pkt 19, 20; w sprawie Laboratoires Fournier, pkt 25; w sprawie ELISA, pkt 96; w sprawie Persche, pkt 53; w sprawie Komisja przeciwko Portugalii, pkt 46.

66. W tym zakresie Trybunał wypowiedział się w sposób bardzo wyraźny w wyroku w sprawie Meilicke i in., w którym orzekł, iż:

„43 […] uregulowanie krajowe, które w sposób bezwzględny uniemożliwia osobom podlegającym nieograniczonemu obowiązkowi podatkowemu w zakresie podatku dochodowego od osób fizycznych w tym państwie członkowskim, które dokonały inwestycji [w spółki kapitałowe z siedzibą] w innym państwie członkowskim, dostarczenia dowodów odpowiadających innym kryteriom, a w szczególności przedstawienia, niż przewidziane dla inwestycji krajowych przez przepisy pierwszego państwa członkowskiego, jest nie tylko sprzeczne z zasadą dobrej administracji, lecz przede wszystkim wykracza poza to, co jest konieczne do realizacji skuteczności kontroli podatkowych.

44. […] Nie można bowiem wykluczyć a priori, iż owi akcjonariusze są w stanie przedłożyć odpowiednie dowody, na podstawie których organ podatkowy państwa członkowskiego opodatkowania mógłby w sposób jasny i precyzyjny skontrolować faktyczność i charakter poboru podatku dokonanego w innych państwach członkowskich […]” [20].

67. Na rozprawie rząd niemiecki zasugerował, iż byłoby nieprzydatne zezwolenie inwestorowi-podatnikowi na przedłożenie przez niego samego informacji przewidzianych w § 5 ust. 1 InvStG, ponieważ nie chodzi w tym przypadku o informacje, które są zwykle dla niego dostępne. Nie dostrzegam przyczyny, dla której ta możliwość powinna być z góry wykluczona, w szczególności w sytuacji, w której nic nie wyklucza możliwości, aby inwestor-podatnik mógł żądać i otrzymywać te informacje od spółki zarządzającej funduszem. W takim przypadku odmowa wzięcia pod uwagę tych informacji przez niemieckie organy podatkowe nie byłaby uzasadniona.

68. Ze wszystkich wskazanych przyczyn uważam, iż ograniczenie ustanowione przez § 5 w związku z § 6 InvStG nie może być uzasadnione koniecznością zapewnienia skuteczności kontroli podatkowych.

VI – **Wnioski**

69. W świetle powyższych rozważań proponuję, by na pytanie prejudycjalne przedstawione przez Finanzgericht Düsseldorf Trybunał udzielił następującej odpowiedzi:

Ustawodawstwo państwa członkowskiego, takie jak mające zastosowanie w niniejszej sprawie przepisy §§ 5 i 6 Investmentsteuergesetz (niemieckiej ustawy w sprawie podatku od inwestycji), których łącznym skutkiem jest objęcie zysków osiąganych przez rezydentów tego państwa członkowskiego z zagranicznych funduszy inwestycyjnych opodatkowaniem ryczałtowym w przypadku nieposzanowania obowiązków przejrzystości i wymiany informacji przewidzianych przez tę ustawę, a nie opodatkowaniem opartym na wartościach rzeczywistych lub oszacowanych, stanowi ograniczenie swobody przepływu kapitału zakazane przez art. 63 TFUE i nie może być uzasadnione koniecznością ani zachowania zrównoważonego rozdziału kompetencji między państwa członkowskie, ani zapewnienia skuteczności kontroli podatkowych.

20 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Meilicke i in., pkt 43 i 44.