Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
NICHOLASA EMILIOU
przedstawiona w dniu 14 marca 2024 r.[1]

Sprawa C-585/22

X BV
przeciwko
Staatssecretaris van Financiën

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Hoge Raad der Nederlanden (sąd najwyższy Niderlandów)]

Odesłanie prejudycjalne – Swoboda przedsiębiorczości – Artykuł 49 TFUE – Podatek dochodowy od osób prawnych – Transgraniczna pożyczka wewnątrzgrupowa zaciągnięta na potrzeby nabycia zewnętrznego – Brak możliwości odliczenia odsetek od takiej pożyczki od zysków podlegających opodatkowaniu – Czysto sztuczna konstrukcja – Pojęcie – Proporcjonalność

I. Wprowadzenie

1. Słynne słowa Benjamina Franklina, że „na tym świecie pewne są tylko śmierć i podatki", stanowią ujęcie pewnej uniwersalnej prawdy. Często odnosi się jednak wrażenie, że człowiek z natury jest predystynowany do tego, by dążyć do unikania tych nieuchronnych zdarzeń.

2. Niniejszy wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym powstał w kontekście przepisów prawa krajowego dotyczących podatku dochodowego od osób prawnych, stworzonych szczególnie w celu eliminowania praktyk unikania opodatkowania. Zgodnie z tymi przepisami zaciągnięcie przez podatnika długu w formie pożyczki u podmiotu powiązanego dla celów nabycia udziałów lub rozszerzenia wpływu w innym podmiocie uznaje się, w pewnych okolicznościach, za sztuczną konstrukcję, służącą erozji podstawy opodatkowania w Niderlandach. W rezultacie osoba ta nie może odliczyć odsetek z tytułu tego długu od swoich zysków podlegających opodatkowaniu, chyba że jest w stanie obalić to domniemanie.

3. Niniejszy wniosek Hoge Raad der Nederlanden (sądu najwyższego Niderlandów) stanowi dla Trybunału okazję do wyjaśnienia jego orzecznictwa dotyczącego między innymi swobody przedsiębiorczości przewidzianej w art. 49 TFUE, a szczególnie doprecyzowania, czy zgodne z tą swobodą jest odmówienie przez organy podatkowe państwa członkowskiego spółce należącej do grupy transgranicznej prawa do odliczenia od zysku podlegającego opodatkowaniu odsetek zapłaconych przez nią od takiego zadłużenia w formie pożyczki. W szczególności zwrócono się

[1] Język oryginału: angielski.

do Trybunału o wyjaśnienie wydanego przez niego wyroku Lexel [2] w zakresie dotyczącym kwestii, czy pożyczki wewnątrzgrupowe mogą być w tym celu postrzegane jako czysto sztuczne konstrukcje, nawet jeżeli są realizowane w warunkach pełnej konkurencji, a ustalone odsetki odpowiadają zwykłej stopie rynkowej.

II. Ramy prawne

4. Artykuł 10a Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych z 1969 r., zwanej dalej „ustawą o podatku dochodowym od osób prawnych") w brzmieniu obowiązującym w czasie istotnym dla sporu rozpoznawanego w postępowaniu głównym stanowi:

„1. Przy ustalaniu zysku […] nie podlegają odliczeniu odsetki, w tym koszty i wyniki wymiany walut, jeżeli odnoszą się one do długów, które w ujęciu prawnym lub faktycznym podlegają zapłacie bezpośrednio lub pośrednio podmiotowi powiązanemu lub powiązanej osobie fizycznej, w zakresie, w jakim dług dotyczy bezpośrednio lub pośrednio, w ujęciu prawnym lub faktycznym, jednej z następujących czynności prawnych:

[…]

c) nabycia przez podatnika, podmiot powiązany z podatnikiem i podlegający podatkowi dochodowemu od osób prawnych lub przez osobę fizyczną powiązaną z tym podatnikiem i posiadającym rezydencję podatkową w Niderlandach udziału lub rozszerzenia wpływu w podmiocie, który w następstwie nabycia lub rozszerzenia wpływu staje się podmiotem powiązanym z tym podatnikiem.

[…]

3. Ustęp 1 nie ma zastosowania, jeżeli podatnik uwiarygodni, że:

a) pożyczka i związana z nią czynność prawna opierają się głównie na względach handlowych; lub

b) podatek od zysków lub od dochodu, który jest uzasadniony zgodnie z kryteriami niderlandzkimi zostaje ostatecznie nałożony od odsetek na osobę, której odsetki te są pod względem prawnym lub faktycznym płacone bezpośrednio lub pośrednio […]. Podatek od zysku jest uzasadniony zgodnie z kryteriami niderlandzkimi, jeżeli skutkuje nałożeniem obciążenia według stawki co najmniej 10 % od podlegającego opodatkowaniu zysku ustalonego zgodnie z kryteriami niderlandzkimi […].

4. Dla celów niniejszego artykułu […] za podmiot powiązany z podatnikiem uznaje się następujące podmioty:

a) podmiot, w którym podatnik posiada co najmniej jedną trzecią udziałów;

b) podmiot, który posiada co najmniej jedną trzecią udziałów w podatniku;

c) podmiot, w którym osoba trzecia ma co najmniej jedną trzecią udziałów, o ile ta sama osoba trzecia ma również co najmniej jedną trzecią udziałów w podatniku.

[2] Wyrok z dnia 20 stycznia 2021 r., Lexel (C-484/19, EU:C:2021:34) (zwany dalej „wyrokiem Lexel").

[…]”.

III. Okoliczności faktyczne, postępowanie główne i pytania prejudycjalne

5. Spółka X (zwana dalej „X” lub „skarżącą”) jest spółką holdingową prawa niderlandzkiego. Należy ona do wielonarodowej grupy, która obejmuje między innymi spółkę A i spółkę C (zwane dalej odpowiednio „A” i „C”).

6. Spółka A jest spółką dominującą z siedzibą w Belgii. Jest ona jedynym udziałowcem skarżącej i udziałowcem większościowym w spółce C.

7. Spółka C jest bankiem wewnętrznym, również mającym siedzibę w Belgii. Oferuje ona usługi wewnątrzgrupowe, do których należą restrukturyzacja finansowa i zarządzanie. W latach 1999–2010 zgodnie z prawem belgijskim posiadała ona status „centrum koordynacyjnego” (dla celów podatkowych), co oznaczało, że objęta była preferencyjnymi zasadami opodatkowania, zgodnie z którymi jej zysk podlegający opodatkowaniu ustalano ryczałtowo.

8. W 2000 r. spółka X nabyła udziały spółki F (zwanej dalej „F”) z siedzibą w Niderlandach. W wyniku tego nabycia spółka F stała się podmiotem powiązanym ze skarżącą.

9. Spółka X sfinansowała to nabycie pożyczkami zaciągniętymi u spółki C. Spółka ta udzieliła tych pożyczek ze środków własnych, które otrzymała niedługo wcześniej dzięki zastrzykowi kapitałowemu od spółki A. Oprocentowanie tych pożyczek odpowiadało zwykłej stopie rynkowej.

10. Począwszy od dnia 1 stycznia 2001 r. spółki X i F skonsolidowano w jedną jednostkę podatkową, a spółkę X wskazano jako spółkę dominującą. W związku z tym podatek należny zarówno od spółki F, jak i spółki X obciążał spółkę X. Spółka X mogła również odliczyć koszty z tytułu odsetek, które płaciła spółce C, od zysków wygenerowanych przez spółkę F. W wyniku tego odliczenia zobowiązanie podatkowe z tytułu podatku dochodowego od osób prawnych tej jednostki w Niderlandach było bardzo niskie.

11. W 2007 r. spółka X odliczyła odsetki od pożyczek zaciągniętych u spółki C w swej deklaracji podatku dochodowego od osób prawnych. Staatssecretaris van Financiën (sekretarz stanu ds. finansów, Niderlandy) odmówił jednak tego odliczenia, powołując się na art. 10a ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych.

12. Skarżąca zaskarżyła tę decyzję odmowną do rechtbank Gelderland (sądu rejonowego w Gelderland, Niderlandy), a następnie do Gerechtshof Arnhem Leeuwarden (okręgowego sądu apelacyjnego w Arnhem-Leeuwarden, Niderlandy).

13. Orzeczeniem z dnia 20 października 2020 r. drugi z wymienionych sądów orzekł, że ograniczenie odliczenia odsetek jest zgodne z prawem Unii. Stwierdził, że cel tych przepisów (które służą zapobieganiu erozji podstawy opodatkowania w Niderlandach powodowanej praktykami stanowiącymi nadużycie, w sytuacji gdy od zysków odliczane są sztucznie generowane koszty odsetek) jest uzasadniony i proporcjonalny.

14. Skarżąca wniosła skargę kasacyjną od tego orzeczenia do Hoge Raad der Nederlanden (sądu najwyższego Niderlandów), który jest sądem odsyłającym w niniejszej sprawie.

15. Zdaniem tego sądu z jego utrwalonego orzecznictwa wynika, że długi zaciągane w sposób arbitralny i bez uzasadnienia handlowego stanowią czysto sztuczne konstrukcje powstałe wyłącznie w celu stworzenia kosztu podlegającego odliczeniu, niezależnie od tego, czy oprocentowanie odpowiada oprocentowaniu, które zostałoby uzgodnione między niezależnymi spółkami w warunkach pełnej konkurencji.

16. Zgodnie z ustaleniami dokonanymi przez Gerechtshof Arnhem Leeuwarden (sąd apelacyjny w Arnhem-Leeuwarden), jeżeli zatem zachodzą takie okoliczności, sąd odsyłający jest zdania, że całkowita odmowa odliczenia odsetek przez dłużników jest właściwa i proporcjonalna, ponieważ takie działanie ma na celu zwalczanie unikania opodatkowania poprzez szczególne ukierunkowanie na przypadki, w których dług jest generowany w drodze czysto sztucznej konstrukcji.

17. Sąd odsyłający zastanawia się jednak, czy stanowisko to jest prawidłowe w świetle wyroku Trybunału w sprawie Lexel.

18. Wspomniany wyrok można bowiem interpretować w ten sposób, że transakcje wewnątrzgrupowe, takie jak zaciągnięcie długu u podmiotu powiązanego z podatnikiem, nie mogą być uznawane za czysto sztuczne konstrukcje, jeżeli zostają przeprowadzone w warunkach pełnej konkurencji. Gdyby taka wykładnia była prawidłowa, sąd odsyłający wyraża dalszą wątpliwość co do tego, czy całkowita odmowa prawa do odliczenia odsetek jest zgodna z zasadą proporcjonalności wynikającą z prawa Unii.

19. Wreszcie sąd odsyłający dąży do uzyskania wyjaśnienia, czy ma znaczenie rozróżnienie między prawem krajowym rozpatrywanym w niniejszej sprawie, które to prawo dotyczy zarówno restrukturyzacji wewnętrznej, jak i nabycia zewnętrznego, a prawem krajowym rozpatrywanym w wyroku Lexel, które nie obejmowało nabycia zewnętrznego.

20. W tym kontekście Hoge Raad der Nederlanden (sąd najwyższy Niderlandów) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału Sprawiedliwości z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy art. 49, 56 lub 63 TFUE należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, zgodnie z którym odsetki od długu zaciągniętego przez podatnika u podmiotu z nim powiązanego w związku z nabyciem udziałów lub rozszerzeniem wpływu w innym podmiocie, który wskutek takiego nabycia lub rozszerzenia wpływu staje podmiotem powiązanym, nie podlegają odliczeniu przy ustalaniu zysku podatnika, ponieważ dług taki należy uznać za czysto sztuczną konstrukcję (lub jej część), bez względu na to, czy – jeśli rozpatrywać go osobno – został zaciągnięty w warunkach pełnej konkurencji?

2) W razie udzielenia odpowiedzi przeczącej na pytanie pierwsze: czy art. 49, 56 lub 63 TFUE należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, zgodnie z którym przy ustalaniu zysku podatnika całkowicie odmawia się mu prawa do odliczenia odsetek od stanowiącego czysto sztuczną konstrukcję (lub jej część) długu zaciągniętego u podmiotu z nim powiązanego w związku z nabyciem udziałów lub rozszerzeniem wpływu w innym podmiocie, który wskutek takiego nabycia lub rozszerzenia wpływu staje się podmiotom powiązanym, nawet jeśli odsetki te – jeśli rozpatrywać je osobno – nie przewyższają kwoty, jaka zostałaby ustalona w przypadku transakcji pomiędzy niezależnymi przedsiębiorstwami?

3) Czy dla odpowiedzi na pytania pierwsze lub drugie znaczenie ma to, że przedmiotowe nabycie udziałów lub rozszerzenie wpływu dotyczy a) podmiotu, który jeszcze przed nabyciem udziałów lub rozszerzeniem wpływu był już podmiotem powiązanym z podatnikiem, czy też b) podmiotu, który dopiero wskutek takiego nabycia lub rozszerzenia wpływu stał się podmiotem powiązanym z podatnikiem?”.

21. Uwagi na piśmie zostały przedstawione przez skarżącą, rządy belgijski, hiszpański i niderlandzki oraz Komisję Europejską. Skarżąca, rządy hiszpański i niderlandzki oraz Komisja przedstawiły swoje argumenty ustnie na rozprawie, która odbyła się w dniu 15 listopada 2023 r.

IV. Analiza

22. Trzy pytania sądu odsyłającego wywodzą się z przepisów dotyczących podatku dochodowego od osób prawnych w Niderlandach. Dotyczą one w szczególności następującego zagadnienia: Mając na uwadze, że zgodnie z tymi przepisami spółka będąca niderlandzkim rezydentem podatkowym może, co do zasady, odliczyć od zysku podlegającego opodatkowaniu odsetki od zaciągniętego długu i w ten sposób zmniejszyć swoje zobowiązanie podatkowe, sporny przepis, a mianowicie art. 10a ust. 1 lit. c) ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ogranicza tę możliwość w odniesieniu do pożyczek wewnątrzgrupowych.

23. Przepis ten ma zastosowanie, gdy podatnik zaciąga pożyczkę u podmiotu powiązanego (a więc innej spółki należącej do grupy, do której należy ta osoba, przykładowo banku wewnętrznego) w celu sfinansowania nabycia udziałów lub rozszerzenia wpływu w podmiocie, który był już podmiotem powiązanym z podatnikiem przed takim nabyciem lub rozszerzeniem (restrukturyzacja wewnętrzna), lub w podmiocie, który dopiero później staje się podmiotem powiązanym z podatnikiem (nabycie zewnętrzne).

24. W obu przypadkach podatnik nie może odliczyć odsetek od takiego długu, nawet jeżeli koszty z tytułu odsetek odpowiadają tym, które uzgodniono by z podmiotem niepowiązanym, takim jak bank zewnętrzny. Wynika to z faktu, że przepis wprowadza domniemanie, iż tego rodzaju zadłużenie, zaciągnięte u innej spółki należącej do tej samej grupy, stanowi czysto sztuczną konstrukcję (lub jest częścią takiej konstrukcji)[3], której jedynym celem jest erozja podstawy opodatkowania w Niderlandach.

25. Niemniej jednak zgodnie z art. 10a ust. 3 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych osoba prawna może obalić to domniemanie i w związku z tym odliczyć takie odsetki od zysku podlegającego opodatkowaniu, jeżeli wykaże, że a) pożyczka jest w rzeczywistości w przeważającej mierze oparta na względach handlowych lub b) podatek od zysku lub podatek dochodowy, który jest uzasadniony zgodnie z kryteriami niderlandzkimi (tj. około 10 %), zostaje ostatecznie naliczony od odsetek w odniesieniu do spółki, która udzieliła pożyczki.

26. Poprzez swoje trzy pytania, które należy przeanalizować łącznie, sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy ów przepis krajowy jest zgodny z art. 49 TFUE dotyczącym swobody przedsiębiorczości, z art. 56 TFUE dotyczącym swobody świadczenia usług i z art. 63 TFUE dotyczącym swobodnego przepływu kapitału.

[3] Taka konstrukcja może bowiem składać się z kilku etapów, z których jednym jest pożyczka (zob., na przykład, pkt 92 niniejszej opinii).

27. Ponieważ pytania te odnoszą się do kilku podstawowych swobód, konieczne jest ustalenie na wstępie, która ze swobód ma zastosowanie w niniejszej sprawie (zob. śródtytuł A poniżej). Następnie ocenię, czy prawo krajowe, którego dotyczy sprawa, powoduje ograniczenie odnośnej swobody (zob. śródtytuł B poniżej), a następnie zbadam, czy takie ograniczenie jest dopuszczalne (zob. śródtytuł C poniżej).

A. Właściwą swobodą jest swoboda przedsiębiorczości

28. Jak wynika z utrwalonego orzecznictwa, w celu ustalenia podstawowej swobody, która znajduje zastosowanie do odnośnych przepisów krajowych, należy wziąć pod uwagę cel rozpatrywanych przepisów [4].

29. Jak zauważają interweniujące rządy i Komisja, wydaje mi się jasne, że art. 10a ust. 1 lit. c) ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, w świetle jego celu, dotyczy swobody przedsiębiorczości zagwarantowanej w art. 49 TFUE.

30. W tym względzie z orzecznictwa Trybunału wynika, że przepisy krajowe dotyczące wyłącznie stosunków w obrębie grupy spółek wpływają przede wszystkim na swobodę przedsiębiorczości wynikającą z art. 49 TFUE. Podobnie przepisy krajowe, które mają mieć zastosowanie wyłącznie do tych udziałów, które umożliwiają posiadaczowi wywieranie zdecydowanego wpływu na decyzje spółki i na kształtowanie jej działalności, również wchodzą w zakres tego samego postanowienia prawa Unii [5].

31. Pragnę przypomnieć, że artykuł 10a ust. 1 lit. c) ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych ma zastosowanie, gdy dług zostaje zaciągnięty przez podatnika (i) u „podmiotu powiązanego" i (ii) na finansowanie nabycia udziałów lub rozszerzenia wpływu w podmiocie już „powiązanym" z tą osobą przed nabyciem lub rozszerzeniem wpływu lub w podmiocie, który dopiero następnie staje się „powiązany" z tą osobą. Zgodnie z art. 10a ust. 4 podmioty są uznawane za „powiązane" w rozumieniu pierwszego przepisu, gdy posiadają bezpośrednio lub pośrednio co najmniej 33,3 % udziałów w drugim podmiocie lub jeżeli podmiot trzeci posiada 33,3 % udziałów w obu podmiotach.

32. Z tego względu sporne przepisy dotyczą jedynie stosunków w ramach grupy spółek, jako że ich przedmiot jest ograniczony do pożyczek wewnątrzgrupowych. Co więcej, mają one zastosowanie wyłącznie do odsetek od takiej pożyczki zaciągniętej przez podatnika w celu nabycia części udziałów, która jest wystarczająco duża, aby umożliwić tej osobie wywieranie określonego wpływu na podmiot docelowy [6]. W postanowieniu odsyłającym wskazano bowiem, że spółka X posiada znacznie większy udział w spółce F niż udział minimalny wymagany tymi przepisami.

33. W związku z powyższym uważam za stosowne zbadanie rozpatrywanego prawa krajowego i udzielenie odpowiedzi na pytania przedstawione przez sąd odsyłający wyłącznie w świetle art. 49 TFUE [7].

[4] Zobacz między innymi wyrok z dnia 16 lutego 2023 r., Gallaher (C-707/20, EU:C:2023:101, pkt 55 i przytoczone tam orzecznictwo) (zwany dalej „wyrokiem Gallaher").

[5] Wyrok Gallaher, pkt 56–58 i przytoczone tam orzecznictwo.

[6] Zobacz podobnie wyrok z dnia 13 października 2022 r., Finanzamt Bremen (C-431/21, EU:C:2022:792, pkt 25, 26).

[7] Mimo iż sporne prawo krajowe ma również skutki ograniczające w odniesieniu do swobody świadczenia usług (zob. pkt 75 niniejszej opinii), skutki te stanowią uboczny aspekt takiej przeszkody w korzystaniu ze swobody przedsiębiorczości, zatem taka odrębna ocena nie jest konieczna. Zobacz wyrok Gallaher, pkt 61 i przytoczone tam orzecznictwo.

B. Takie przepisy krajowe pociągają za sobą ograniczenie swobody przedsiębiorczości

34. Pragnę przypomnieć, że swoboda przedsiębiorczości, którą art. 49 TFUE przyznaje obywatelom Unii Europejskiej, obejmuje, zgodnie z art. 54 TFUE, przysługujące spółkom, utworzonym zgodnie z ustawodawstwem państwa członkowskiego i mającym statutową siedzibę, zarząd lub główny zakład na terytorium Unii, prawo wykonywania działalności w innym państwie członkowskim za pośrednictwem spółki zależnej, oddziału lub agencji [8].

35. W niniejszej sprawie spółka X podnosi, że art. 10a ust. 1 lit. c) ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych pociąga za sobą ograniczenie tej swobody, ponieważ przepis ten przewiduje traktowanie sytuacji transgranicznych w sposób mniej korzystny niż sytuacji o charakterze wyłącznie wewnętrznym.

36. W szczególności spółka X twierdzi, że jeżeli podatnik zaciąga pożyczkę od podmiotu powiązanego (na przykład banku wewnętrznego grupy, do której należy) mającego siedzibę w Niderlandach, może systematycznie odliczać od swoich zysków podlegających opodatkowaniu odsetki z tytułu tej pożyczki, ponieważ zawsze spełniony będzie warunek przewidziany w art. 10a ust. 3 lit. b) tej ustawy. Podmiot powiązany podlega oczywiście w zakresie tych odsetek podatkowi od zysków lub od dochodu, „który jest uzasadniony zgodnie z kryteriami niderlandzkimi", ponieważ zastosowanie ma niderlandzka stawka podatkowa w wysokości 10 %. Z kolei, jeżeli podatnik zaciąga pożyczkę od podmiotu powiązanego mającego siedzibę w innym państwie członkowskim, trudniej jest mu odliczyć odsetki z tytułu tej pożyczki, ponieważ wspomniany warunek nie zawsze byłby spełniony (jako że w innym państwie członkowskim takiemu podmiotowi może być naliczony niższy podatek od zysków lub podatek dochodowy, tak jak w czasie istotnym dla sprawy miało to miejsce w Belgii w odniesieniu do spółki C). Jeżeli tak nie jest, podatnik mógłby uzyskać tę korzyść jedynie w drodze spełnienia warunku przewidzianego w art. 10a ust. 3 lit. a), a więc wykazanie, że pożyczka i związana z nią czynność opierają się głównie na względach handlowych. Sąd odsyłający i Komisja podzielają tę ocenę.

37. Z kolei rząd niderlandzki podnosi, że nie dochodzi do ograniczenia swobody przedsiębiorczości. W sprawie rozpoznawanej w postępowaniu głównym jedynie spółka A (spółka dominująca) z siedzibą w Belgii skorzystała z tej swobody, szczególnie poprzez utworzenie spółki zależnej, spółki X, w Niderlandach. Swoboda przedsiębiorczości ma zagwarantować, aby spółka dominująca korzystała z traktowania krajowego w państwie członkowskim, gdy tworzy ona spółkę zależną, co obejmuje zakaz wszelkiego rodzaju dyskryminacji ze względu na miejsce siedziby. W niniejszej sprawie art. 10a ust. 1 lit. c) ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych nie przewiduje takiej dyskryminacji. W odniesieniu do możliwości odliczenia przez spółkę z siedzibą w Niderlandach odsetek z tytułu pożyczek wewnątrzgrupowych przepis ten stosuje się w ten sam sposób bez względu na to, czy jej spółka dominująca ma siedzibę w Niderlandach czy też w innym państwie członkowskim [9].

38. Pomocniczo rząd niderlandzki twierdzi, że nawet gdyby lokalizacja podmiotu udzielającego pożyczek (banku wewnętrznego grupy) miała znaczenie dla oceny istnienia ograniczenia swobody przedsiębiorczości, nadal nie istniałaby różnica w traktowaniu stanowiąca tego rodzaju ograniczenie. Artykuł 10a ust. 1 lit. c) ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych ma bowiem zastosowanie bez rozróżnienia do długów zaciągniętych między podmiotami powiązanymi mającymi siedzibę w Niderlandach oraz do długów zaciągniętych między

[8] Zobacz między innymi wyrok z dnia 8 października 2020 r., Impresa Pizzarotti (Wyjątkowa korzyść przyznana spółce niebędącej rezydentem) (C-558/19, EU:C:2020:806, pkt 21).

[9] Rząd niderlandzki powołuje się przez analogię na wyrok Gallaher, pkt 69–74.

podmiotami powiązanymi mającymi siedzibę w różnych państwach członkowskich, a warunki określone w art. 10a ust. 3 lit. b) mogą być de facto spełnione nawet wówczas, gdy bank wewnętrzny ma siedzibę w innym państwie członkowskim. Rząd hiszpański zasadniczo podziela ten punkt widzenia.

39. Zgadzam się z X i Komisją.

40. Najwyraźniej, jak zauważa rząd niderlandzki, w tym przypadku analiza powinna koncentrować się na tym, czy art. 10a ust. 1 lit. c) ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych ogranicza wykonywanie przez spółkę A przysługującej jej swobody przedsiębiorczości, ponieważ jest to w istocie jedyna spółka korzystająca z tej swobody, między innymi poprzez utworzenie spółki zależnej (X) w państwie członkowskim (Niderlandy) innym niż państwo jej siedziby (Belgia). Przyznaję również, że przepis ten nie pociąga za sobą dyskryminacji ze względu na miejsce siedziby spółki. Zgodnie z tym przepisem spółka X, będąca spółką zależną spółki A, byłaby traktowana tak samo, gdyby spółka A miała siedzibę w Niderlandach zamiast w Belgii.

41. Niemniej jednak pojęcie ograniczenia swobody przedsiębiorczości nie ogranicza się do tego rodzaju dyskryminacji. Chociaż postanowienia TFUE dotyczące tej swobody mają na celu zapewnienie możliwości korzystania z traktowania obcokrajowców i spółek zagranicznych w przyjmującym państwie członkowskim w taki sam sposób jak obywateli i spółek krajowych, Trybunał wielokrotnie orzekał, że swoboda przedsiębiorczości jest bardzo szeroka. W zasadzie za ograniczenia swobody przedsiębiorczości należy uznać wszelkie środki, które uniemożliwiają, utrudniają lub czynią mniej atrakcyjnym korzystanie z tej swobody [10].

42. W niniejszej sprawie pragnę przede wszystkim zauważyć, że jeżeli sporne przepisy prawa niderlandzkiego traktują odmiennie w odniesieniu do możliwości odliczenia odsetek z tytułu pożyczki wewnątrzgrupowej spółkę zależną (taką jak spółka X) spółki dominującej mającej siedzibę w innym państwie członkowskim (takiej jak spółka A) w zależności od tego, czy bank wewnętrzny grupy, który udzielił tej pożyczki (w tym przypadku spółka C), ma siedzibę w Niderlandach lub innym państwie członkowskim, wówczas ta różnica w traktowaniu może czynić korzystanie przez tę spółkę dominującą ze swobody przedsiębiorczości mniej atrakcyjnym.

43. Taka różnica mogłaby zniechęcić tę spółkę dominującą od ukształtowania struktury grupy w pożądany przez nią sposób w drodze ustanowienia banku wewnętrznego tej ostatniej w państwie członkowskim innym niż Niderlandy. Stawiałoby to de facto transgraniczne grupy spółek, których istnienie wynika z korzystania ze swobody przedsiębiorczości, w niekorzystnej sytuacji w porównaniu z grupami, które mają charakter „czysto wewnętrzny" w Niderlandach. Pierwsze, w przeciwieństwie do drugich, często są bowiem zorganizowane w taki sposób, że ich bank wewnętrzny znajduje się w innym państwie członkowskim.

44. Tok rozumowania jest taki sam, jeżeli odwrócić perspektywę, i przedstawiać z kolei uzasadnienie w świetle hipotetycznego scenariusza przywołanego przez rząd niderlandzki, w którym spółka A miałaby siedzibę w Niderlandach. Również w tym scenariuszu taka różnica w traktowaniu czyniłaby mniej atrakcyjnym korzystanie przez tę spółkę ze swobody przedsiębiorczości poprzez utworzenie banku wewnętrznego w innym państwie członkowskim [11]. Gdyby bowiem ta spółka się na to zdecydowała, mogłaby znaleźć się w niekorzystnej sytuacji w porównaniu z podobną spółką, która nie korzysta z tej swobody i zamiast tego tworzy bank wewnętrzny w Niderlandach.

[10] Wyrok z dnia 21 grudnia 2023 r., Cofidis (C-340/22, EU:C:2023:1019, pkt 40 i przytoczone tam orzecznictwo).

[11] Zobacz podobnie wyrok z dnia 22 lutego 2018 r., X i X (C-398/16 i C-399/16, EU:C:2018:110, pkt 32) (zwany dalej „wyrokiem X i X").

45. Wyrok Trybunału w sprawie Lexel[12] potwierdza moim zdaniem tę wykładnię. Pragnę przypomnieć, że przytoczona sprawa dotyczyła braku możliwości odliczenia przez szwedzką spółkę w świetle prawa szwedzkiego odsetek z tytułu pożyczki zaciągniętej w wewnętrznym banku grupy, a mianowicie w innej spółce z siedzibą we Francji. Spółka dominująca tamtej grupy również miała siedzibę we Francji. W tamtej sprawie różnica w traktowaniu polegała na tym, że gdyby bank wewnętrzny znajdował się w Szwecji, takie odliczenie byłoby możliwe. Trybunał słusznie uznał, że ta różnica stanowi ograniczenie swobody przedsiębiorczości[13].

46. Pragnę zauważyć, po drugie, że sporne przepisy prawa niderlandzkiego wydają się w istocie stwarzać taką różnicę w traktowaniu ze względu na siedzibę banku wewnętrznego grup spółek.

47. Najwyraźniej, jak twierdzi rząd niderlandzki, właściwe przepisy prawa niderlandzkiego nie wprowadzają bezpośredniego rozróżnienia w zależności od tego, czy bank wewnętrzny, który udzielił podatnikowi przedmiotowej wewnątrzgrupowej pożyczki, ma siedzibę w Niderlandach czy w innym państwie członkowskim[14]. W szczególności kryterium określone w art. 10a ust. 3 lit. b) ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych nie sprowadza się do tego, czy bank w odniesieniu do tych odsetek jest objęty podatkiem od zysków lub dochodów „w Niderlandach". Stanowi to istotną różnicę w porównaniu ze sprawą, która doprowadziła do wydania wyroku Lexel, w którym podobny warunek przewidywał, że bank wewnętrzny, aby móc odliczyć takie odsetki, musi być opodatkowany w Szwecji[15].

48. Jak zauważa jednak spółka X, kryterium zastosowane w art. 10a ust. 3 lit. b) ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, a mianowicie to, czy bank wewnętrzny podlega w zakresie tych odsetek „podatkowi od zysków lub od dochodu, który jest uzasadniony zgodnie z kryteriami niderlandzkimi" (a więc co najmniej 10 %), choć pozornie obiektywne, może stanowić de facto okoliczność niekorzystną dla sytuacji transgranicznych[16].

49. Trzeba przyznać, że przeciwne argumenty rządu niderlandzkiego mają pewną wagę. Rząd ten twierdzi, posługując się analogią do wyroku Trybunału w sprawie Köln-Aktienfonds Deka[17], że kryterium to nie jest specyficzne dla rynku niderlandzkiego w tym sensie, że może być spełnione tylko wtedy, gdy podatnicy otrzymują pożyczki wewnątrzgrupowe od banków wewnętrznych z siedzibą w Niderlandach. W czasie istotnym dla sprawy wszystkie państwa członkowskie stosowały stawkę podatku dochodowego od osób prawnych w wysokości 10 % lub wyższą. Zatem warunek ten byłby zasadniczo spełniony nawet wtedy, gdyby taka pożyczka została uzyskana od banków wewnętrznych mających siedzibę w innych państwach członkowskich, z zastrzeżeniem wyjątkowej sytuacji, w której dany bank korzysta (jak spółka C) z preferencyjnego mechanizmu podatkowego w państwie, w którym ma siedzibę. Rząd ten twierdzi również, że w Niderlandach zdarzają się okoliczności, w których odsetki od pożyczek są opodatkowane stawką niższą niż 10 %. W rezultacie zdarzają się przypadki, w których warunki określone w art. 10a ust. 3 lit. b) ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych nie są spełnione, mimo iż bank wewnętrzny ma siedzibę w tym państwie członkowskim. Spółka dominująca, taka jak spółka A, nie jest zatem zniechęcana do zakładania takiego banku w państwie członkowskim innym niż Niderlandy, ani nie znajduje się w niekorzystnej sytuacji, gdy to czyni.

12 Punkty 35–41.

13 Zobacz również podobnie wyrok z dnia 13 marca 2007 r., Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, pkt 95) (zwany dalej wyrokiem „Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation").

14 Zobacz podobnie wyrok X i X, pkt 35.

15 Zobacz wyrok Lexel, pkt 12, 38.

16 Zobacz podobnie wyroki: z dnia 9 września 2021 r., Real Vida Seguros (C-449/20, EU:C:2021:721, pkt 20, 21).

17 Wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r. (C-156/17, EU:C:2020:51, pkt 56).

50. Niemniej jednak w mojej ocenie przepisy krajowe, aby stawiać w mniej korzystnym położeniu sytuacje transgraniczne, nie muszą posługiwać się kryteriami, które są specyficzne dla rynku krajowego lub też przynoszą korzyść *jedynie* spółkom krajowym na tym rynku. Istotnym pytaniem w tym względzie jest, czy zastosowane w nich kryteria mogą mieć wpływ na sytuacje transgraniczne *w większym stopniu* niż na sytuacje czysto wewnętrzne. Aby ustalić, czy ma to miejsce w niniejszym przypadku, należy porównać (potencjalną) część grup spółek z bankami wewnętrznymi mającymi siedzibę w Niderlandach, które nie mogły spełnić warunku określonego w art. 10a ust. 3 lit. b) ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, z (potencjalną) częścią grup spółek z bankami wewnętrznymi mającymi siedzibę w innych państwach członkowskich, które znalazłyby się w niekorzystnej sytuacji ze względu na ten warunek [18].

51. Wygląda na to, że wspomniany warunek proporcjonalnie oddziałuje bardziej na tę drugą kategorię grupy spółek niż na pierwszą z nich, czego sprawdzenie należy jednak do sądu odsyłającego.

52. Z drugiej strony rząd niderlandzki przyznał na rozprawie, że warunek przewidziany w art. 10a ust. 3 lit. b) ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych jest spełniony praktycznie *zawsze*, gdy bank wewnętrzny ma siedzibę w Niderlandach. Odsetki z tytułu pożyczki są bowiem opodatkowane w Niderlandach według stopy niższej niż 10 % jedynie w rzadkich przypadkach, gdy pożyczki udziela fundacja nieprowadząca działalności gospodarczej lub stowarzyszenie nieprowadzące działalności gospodarczej. Spółka X podczas rozprawy podniosła, że rząd potwierdził, iż wyjątek ten nigdy nie ma stosowania do komercyjnych banków wewnętrznych, takich jak spółka C, a w prawie niderlandzkim nie istnieje żaden inny wyjątek. Z tego względu część grup spółek z bankami wewnętrznymi z siedzibą w Niderlandach, które nie mogłyby spełnić tego warunku, jest znikoma.

53. Z drugiej strony rząd niderlandzki przyznaje, że warunek ustanowiony w art. 10a ust. 3 lit. b) ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych nie zostałby spełniony, gdyby bank wewnętrzny miał siedzibę w państwie członkowskim stosującym wobec takiego banku preferencyjny system podatkowy. Można rozsądnie założyć, że w 27 państwach członkowskich Unii Europejskiej istnieją różne warianty takich systemów. Co więcej, Komisja zauważa nie bez podstaw, że chociaż we wszystkich państwach członkowskich istnieje ogólna lub teoretyczna stawka podatku dochodowego wynosząca 10 %, stawka rzeczywista jest często niższa. Koniec końców, wystarczająco istotna część grup spółek mających banki wewnętrzne w państwach członkowskich innych niż Niderlandy może znaleźć się w sytuacji mniej korzystnej.

54. Wreszcie nie przekonuje mnie argument rządu hiszpańskiego, że taka różnica w traktowaniu jest łagodzona alternatywnym warunkiem, określonym w art. 10a ust. 3 lit. a) ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, który umożliwia podatnikowi odliczenie odsetek z tytułu pożyczki wewnątrzgrupowej, jeżeli może on uzasadnić, że względy handlowe leżą u podstaw danej pożyczki i związanej z tym czynności. W rzeczywistości przepis ten stanowi dla danej osoby na potrzeby odliczenia odsetek obciążenie, którego (praktycznie nigdy) nie musiałaby ona ponosić, gdyby bank wewnętrzny, który udzielił pożyczki, miał siedzibę w Niderlandach [ponieważ, jak omówiono powyżej, w takim przypadku praktycznie zawsze byłby spełniony warunek przewidziany w art. 10a ust. 3 lit. b)]. Potwierdza to rozpatrywaną różnicę w traktowaniu.

[18] Zobacz analogicznie opinia rzecznika generalnego Saugmandsgaarda Øe w sprawie Gemeinsamer Betriebsrat EurothermenResort Bad Schallerbach (C-437/17, EU:C:2018:627, pkt 24).

C. Takie ograniczenie jest dopuszczalne na mocy art. 49 TFUE

55. Niemniej jednak podzielam stanowisko rządów interweniujących i Komisji, zgodnie z którym ograniczenie swobody przedsiębiorczości, które wynika z art. 10a ust. 1 lit. c) ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych jest dopuszczalne na podstawie art. 49 TFUE. Jak bowiem wyjaśnię w kolejnych częściach, ograniczenie to jest uzasadnione nadrzędnym względem interesu ogólnego (zob. śródtytuł 1 poniżej). Co więcej, ograniczenie to jest właściwe dla zapewnienia osiągnięcia zgodnego z prawem celu, któremu służy (zob. śródtytuł 2 poniżej) i nie wykracza poza to, co jest konieczne do jego osiągnięcia (zob. śródtytuł 3 poniżej).

1. Ograniczenie jest uzasadnione

56. Interweniujące rządy i Komisja twierdzą, że ograniczenie swobody przemieszczania się wynikające z art. 10a ust. 1 lit. c) ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych jest uzasadnione ze względów związanych ze zwalczaniem nadużyć w zakresie unikania opodatkowania. Celem szczególnym tego przepisu jest, ściślej rzecz ujmując, zapobieganie zachowaniu polegającemu na tworzeniu czysto sztucznych konstrukcji, które nie odzwierciedlają rzeczywistości ekonomicznej, lecz mają prowadzić jedynie do uniknięcia podatku należnego zwykle z tytułu zysków generowanych przez działalność prowadzoną w Niderlandach. Sąd odsyłający podziela tę opinię.

57. Z utrwalonego orzecznictwa wynika, że taki cel stanowi nadrzędny wzgląd interesu ogólnego w dziedzinie opodatkowania [19]. W mojej ocenie nie ma wątpliwości, że art. 10a ust. 1 lit. c) ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych rzeczywiście służy temu celowi, a zatem może być uzasadniony takim nadrzędnym względem.

58. Trybunał dokonał już takiego ustalenia w wyroku X i X w odniesieniu do przepisu tej samej ustawy (ale we wcześniejszej wersji), który był zasadniczo identyczny z art. 10a ust. 1 lit. c). Jedyna różnica między nimi polega na tym, że przepis we wcześniejszym brzmieniu dotyczył wyłącznie restrukturyzacji wewnętrznej, natomiast artykuł 10a ust. 1 lit. c) ma zastosowanie również do nabycia zewnętrznego [20]. Cel, któremu służą oba przepisy, jest jednak taki sam. Jak zauważył Trybunał w tamtym wyroku, „chodzi o zapobieżenie przedstawianiu kapitału własnego grupy w sposób sztuczny jako kapitału pożyczonego przez podmiot niderlandzki tej grupy i możliwości odliczenia odsetek związanych z tą pożyczką od dochodu podlegającego opodatkowaniu w Niderlandach” [21], gdy odsetki te nie są w inny sposób (rozsądnie) opodatkowane. Cel zakazu odliczania odsetek w odniesieniu do pożyczek wewnątrzgrupowych jest wyraźnie potwierdzony zasadą, zgodnie z którą odsetki z tytułu pożyczki można odliczyć zgodnie z art. 10a ust. 3 lit. a), jeżeli taka pożyczka i powiązana czynność są uzasadnione ekonomicznie.

[19] Zobacz między innymi wyrok z dnia 12 września 2006 r., Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, pkt 51, 55).

[20] Zobacz w odniesieniu do tych pojęć pkt 22 niniejszej opinii.

[21] Wyrok X i X, pkt 48.

2. Ograniczenie jest właściwe

59. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału wymóg, zgodnie z którym każde ograniczenie swobody przedsiębiorczości musi być „odpowiednie", obejmuje dwa kumulatywne kryteria – sporny środek: po pierwsze, ma być właściwy, by doprowadzić do osiągnięcia celu, któremu ma służyć, a także, po drugie, „rzeczywiście zmierza […] do jego osiągnięcia w sposób spójny i systematyczny" [22].

60. To, że w niniejszej sprawie spełnione jest pierwsze kryterium, nie budzi wątpliwości. Stanowiąc, że podatnik nie może odliczać od swoich podlegających opodatkowaniu zysków odsetek od pożyczki wewnątrzgrupowej, która stanowi czysto sztuczną konstrukcję powodującą erozję podstawy opodatkowania w Niderlandach (lub jest częścią takiej konstrukcji), art. 10a ust. 1 lit. c) ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych może przeciwdziałać takim konstrukcjom. Ewidentnie przepisy te przyczyniają się do osiągnięcia celu, któremu mają służyć [23].

61. To, czy w niniejszej sprawie zostało spełnione również drugie kryterium, jest natomiast kwestionowane przez spółkę X. Skarżąca twierdzi, że art. 10a ust. 1 lit. c) ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych nie zwalcza sztucznych pożyczek wewnątrzgrupowych w sposób spójny i systematyczny. Skoro bowiem odsetki od takiej pożyczki są opodatkowane według rozsądnej stawki w państwie członkowskim, w którym spółka będąca pożyczkodawcą ma siedzibę, spółka będąca pożyczkobiorcą z siedzibą w Niderlandach może odliczyć te odsetki [na podstawie art. 10a ust. 3 lit. b) tej ustawy], nawet jeżeli pożyczka lub związana z nią czynność nie mają żadnego uzasadnienia ekonomicznego.

62. Moim zdaniem okoliczność, że sporne przepisy pozwalają na odliczenie odsetek z tytułu pożyczki wewnątrzgrupowej w scenariuszu wskazanym przez spółkę X, jest w rzeczywistości zgodna z założonym celem. Wprawdzie w tym scenariuszu zezwolenie na takie odliczenie może wiązać się z przekierowaniem zysków podlegających opodatkowaniu z Niderlandów do państwa członkowskiego, w którym ma siedzibę spółka będąca pożyczkodawcą. Niemniej jednak, jeżeli odsetki te są opodatkowane według rozsądnej stawki w tym ostatnim państwie, nie dochodzi do całkowitego uniknięcia opodatkowania. Walka z unikaniem opodatkowania nie mogła zatem stanowić uzasadnienia dla odmowy tego odliczenia w omawianym scenariuszu [24].

3. Ograniczenie jest konieczne

63. Moim zdaniem ograniczenie, jakimi skutkują zaskarżone przepisy prawa niderlandzkiego, nie wykracza poza to, co konieczne do osiągnięcia założonego w nim uzasadnionego celu, ponieważ zastosowanie tych przepisów jest ograniczone do czysto sztucznych konstrukcji [zob. śródtytuł a) poniżej], natomiast konsekwencje wynikające z uznania czynności za takie konstrukcje nie są nadmierne [zob. śródtytuł b) poniżej].

[22] Zobacz między innymi wyrok z dnia 7 września 2022 r., Cilevičs i in. (C-391/20, EU:C:2022:638, pkt 74, 75 i przytoczone tam orzecznictwo).

[23] Zobacz analogicznie wyrok Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, pkt 77.

[24] Zobacz analogicznie wyrok z dnia 12 grudnia 2002 r., Lankhorst-Hohorst (C-324/00, EU:C:2002:749, pkt 37).

a) Zastosowanie spornych przepisów ogranicza się do czysto sztucznych konstrukcji

64. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, aby przepisy krajowe można było uznać za niezbędne – w świetle celu, jakim jest zapobieganie czysto sztucznym konstrukcjom służącym unikaniu opodatkowania należnego w normalnych okolicznościach od zysków generowanych z tytułu działalności prowadzonej na terytorium danego kraju – zastosowanie tych przepisów musi być ograniczone do takich konstrukcji i nie może dotyczyć czynności zgodnych z prawem [25].

65. Kwestia, czy przepisy niderlandzkie spełniają ten wymóg, pozostała nierozstrzygnięta przez Trybunał w wyroku X i X. Niemniej jednak rządy interweniujące i Komisja twierdzą, że wymóg ten jest spełniony. Artykuł 10a ust. 1 lit. c) ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych obejmuje bowiem jedynie transakcje, które nie odzwierciedlają rzeczywistości ekonomicznej i w których pożyczki wewnątrzgrupowe są udzielane podatnikowi w Niderlandach wyłącznie (lub głównie) w celu stworzenia zadłużenia podlegającego odliczeniu od zysku podlegającego opodatkowaniu danego podmiotu, co prowadzi do erozji podstawy opodatkowania w Niderlandach. Z kolei, jeżeli pożyczka i powiązana czynność opierają się głównie na uzasadnionych względach handlowych, przepis ten zgodnie z art. 10a ust. 3 lit. a) nie ma zastosowania.

66. Spółka X nie zgadza się z tym. Jej zdaniem z wyroku Lexel wynika przeciwny wniosek. W tamtej sprawie Trybunał badał zgodność szwedzkiego uregulowania dotyczącego podatku od osób prawnych, a konkretnie przepisów dotyczących odliczania kosztów z tytułu odsetek odsetkowych, z art. 49 TFUE. Podobnie jak w przypadku przepisów niderlandzkich, przepisy szwedzkie stanowiły zasadniczo, że odliczenie takie było na zasadzie wyjątku niedozwolone, w sytuacji gdy podatnik zaciągnął daną pożyczkę od podmiotu powiązanego, chyba że wykazano, iż pożyczka ta była uzasadniona głównie względami handlowymi, a zatem nie udzielono jej wyłącznie w celu stworzenia długu podlegającego odliczeniu. Również w tamtym przypadku rząd szwedzki argumentował, że przepisy te miały na celu zapobieganie czysto sztucznym konstrukcjom pozwalającym unikać opodatkowania należnego w zwykłych okolicznościach od zysków generowanych z tytułu działalności wykonywanej na terytorium krajowym. Trybunał uznał, że szwedzkich przepisów nie można uzasadnić na tej podstawie, ponieważ – w jego ocenie – ich zastosowania nie ograniczono do takich konstrukcji. Trybunał stwierdził w tym względzie:

„53 Jak bowiem [szwedzki] organ podatkowy przyznał zasadniczo na rozprawie, [wyjątek od prawa do odliczenia] dotyczy długów wynikających z transakcji cywilnoprawnych, co nie oznacza, że odnosi się on wyłącznie do konstrukcji fikcyjnych. I tak z dokonanej przez organ podatkowy oceny celów rozpatrywanej transakcji wynika, że w zakres przepisu wprowadzającego wyjątek mogą wchodzić także transakcje zawierane w warunkach pełnej konkurencji, to znaczy w warunkach analogicznych do tych, jakie istniałyby między niezależnymi spółkami.

54 Innymi słowy fikcyjność rozpatrywanej transakcji nie stanowi warunku determinującego odmowę przyznania prawa do odliczenia, ponieważ zamiar zaciągnięcia przez daną spółkę długu głównie ze względów podatkowych wystarcza, by uzasadnić odmowę przyznania tego prawa. […]

[…]

[25] Zobacz wyrok Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (pkt 79).

56 Należy stwierdzić, że przepis wprowadzający wyjątek [od prawa do odliczenia] może obejmować swym zakresem stosowania transakcje zawierane w warunkach pełnej konkurencji, a zatem transakcje niebędące czysto sztucznymi lub fikcyjnymi konstrukcjami tworzonymi w celu unikania podatków, które zwykle są należne od zysków z działalności wykonywanej na terytorium krajowym".

67. W ocenie spółki X wynika z tego, że krajowe organy podatkowe nie mogą uznać pożyczki wewnątrzgrupowej (lub serii transakcji, której część ona stanowi) za czysto sztuczną konstrukcję i nie mogą odmówić na tej podstawie odliczenia odsetek tylko dlatego, że pożyczkę zaciągnięto ze względów podatkowych. Takie działanie grupy byłoby w pełni zgodne z prawem. Tego rodzaju pożyczka byłaby sztuczna tylko wtedy i tylko w takim zakresie, w jakim odsetki zapłacone przez spółkę zaciągającą pożyczkę spółce udzielającej pożyczki przekraczały to, co spółki te uzgodniłyby, działając w warunkach pełnej konkurencji, a więc gdyby mające zastosowanie odsetki były wyższe niż stopa rynkowa, jaką spółki te uzgodniłyby, gdyby nie należały do tej samej grupy. Z kolei, jeżeli taka pożyczka jest realizowana w warunkach pełnej konkurencji, to niezależnie od jej celu nie można jej uznawać za sztuczną. Tak jest w przypadku pożyczek udzielanych między spółką X a spółką F [26].

68. Niemniej jednak zdaniem skarżącej, ponieważ art. 10a ust. 1 lit. c) i art. 10a ust. 3 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych niesłusznie koncentrują się na celu, w którym zaciągnięto pożyczkę wewnątrzgrupową (niezależnie od tego, czy jest to unikanie opodatkowania czy względy handlowe), zamiast na warunkach mających zastosowanie do tej pożyczki, odliczenia odsetek można odmówić nie tylko w przypadku pożyczek o zbyt wysokim oprocentowaniu (które, jak wyjaśniono powyżej, są sztuczne), ale też w przypadku pożyczek z oprocentowaniem w wysokości zwykłej stopy rynkowej (które w związku z tym nie mogą być postrzegane jako takie). Zatem podobnie jak w sprawie, która doprowadziła do wydania wyroku Lexel, zakres tych przepisów nie ogranicza się wyłącznie do czysto sztucznych konstrukcji, lecz obejmuje również czynności zgodne z prawem.

69. Debata ta stanowi sedno pytania pierwszego sądu odsyłającego. Najwyraźniej nie można stwierdzić, czy art. 10a ust. 1 lit. c) ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych ma zastosowanie wyłącznie do „czysto sztucznych konstrukcji", skoro samo znaczenie tego pojęcia budzi wątpliwości. Równie oczywiste jest, że interweniujące rządy i Komisja z jednej strony oraz spółka X z drugiej strony prezentują bardzo odmienne stanowiska w tym względzie. Pierwsze stanowisko polega na skupieniu się na *celu* zaciągnięcia pożyczki. Drugie stanowisko skupia się wyłącznie na *warunkach* mających zastosowanie do tej pożyczki. Pierwsze stanowisko daje niderlandzkim organom podatkowym zdecydowanie szersze pole manewru niż drugie, które z kolei daje większą pewność podatnikom [27]. Zgodnie z pierwszym stanowiskiem krajowe organy podatkowe mogą uznać pożyczkę wewnątrzgrupową za „czysto sztuczną konstrukcję" (lub jej część) i na tej podstawie, niezależnie od warunków mających zastosowanie do pożyczki, odmówić odliczenia odsetek, jeżeli pożyczkę zaciągnięto głównie w celu uzyskania korzyści podatkowej. W myśl drugiego stanowiska pożyczka wewnątrzgrupowa jest „odporna" na takie konsekwencje, o ile jej warunki, w tym oprocentowanie, są „zwykłe", nawet jeżeli pożyczki dokonano w celu uniknięcia opodatkowania.

70. Na tym etapie chciałbym podkreślić, że chociaż interweniujące rządy i Komisja poświęciły znaczną część swoich uwag na wyjaśnienie, że „ich" podejście nie jest sprzeczne z wyrokiem Lexel, ponieważ (i) niniejszą sprawę należy odróżnić od sprawy, która doprowadziła do wydania

[26] Zdaniem spółki X świadczy o tym fakt, że niepowiązany bank komercyjny zaoferował pożyczkę na takich samych warunkach.

[27] Zobacz w tym względzie pkt 80 i 87 niniejszej opinii.

tamtego wyroku lub (ii) tamtego wyroku nie można odczytywać w sposób sugerowany przez spółkę X, nie przekonują mnie te wyjaśnienia. Z pkt 66 niniejszej opinii wynika, że we wszystkich istotnych aspektach [28] sporne przepisy prawa niderlandzkiego wykazują uderzające podobieństwo do przepisów rozpatrywanych w sprawie Lexel. W szczególności jedne i drugie przepisy są ukierunkowane na pożyczki wewnątrzgrupowe zaciągane wyłącznie (lub głównie) w celu uzyskania korzyści podatkowej. Ogólne pytanie pozostaje zatem bez zmian: czy i w jakim zakresie taka pożyczka może być uznana za „czysto sztuczną konstrukcję" (lub część takiej konstrukcji) i traktowana jako taka przez organy podatkowe. Co więcej, wyrok Lexel nie jest ani niejasny, ani niejednoznaczny, co czyniłoby go otwartym na różne interpretacje. Moim zdaniem można go odczytywać wyłącznie tak, jak czyni to spółka X [29]. Trybunał uznał bowiem, że cel zaciągnięcia pożyczki nie ma znaczenia, dokonał natomiast rozróżnienia między pożyczkami zaciągniętymi w warunkach pełnej konkurencji (które uznał za rzeczywiste) a pożyczkami niezaciągniętymi w warunkach pełnej konkurencji (które uznał za sztuczne). Z tego względu jedyne pytanie, na które należy odpowiedzieć, brzmi: czy Trybunał powinien w niniejszej sprawie potwierdzić wyrok Lexel, czy odejść od niego.

71. Moim zdaniem stanowisko sugerowane przez interweniujące rządy i Komisję jest właściwe. W rezultacie apeluję do Trybunału o ponowne przemyślenie stanowiska, które zajął w tej kwestii w wyroku Lexel.

72. Swoboda przedsiębiorczości gwarantowana art. 49 TFUE daje szeroki wachlarz możliwości „optymalizacji" podatkowej. Trybunał wielokrotnie orzekał, że europejskie grupy spółek mogą zgodnie z prawem korzystać z tej swobody w celu tworzenia spółek zależnych w państwach członkowskich, aby cieszyć się korzystnym systemem podatkowym [30]. Jak zatem twierdzi spółka X, spółka A mogła zgodnie z prawem zdecydować się na utworzenie banku wewnętrznego grupy, spółki C, w Belgii w tym samym celu. Podobnie spółka C może udzielać pożyczek innym spółkom grupy mającym siedzibę w innych państwach członkowskich, takim jak spółka X z siedzibą w Niderlandach. Transgraniczne pożyczki wewnątrzgrupowe nie budzą same w sobie zastrzeżeń [31]. Z pewnością taka pożyczka może wiązać się z obniżeniem podstawy opodatkowania podatkiem dochodowym od osób prawnych obciążającego spółkę będącą pożyczkobiorcą w państwie członkowskim, w którym ma ona siedzibę. Odliczając bowiem odsetki z tytułu tej pożyczki od zysków podlegających opodatkowaniu, spółka zmniejsza swoje zobowiązanie podatkowe wobec danego państwa członkowskiego. W rezultacie część zysków generowanych przez spółkę będącą pożyczkobiorcą zostaje przekierowana w formie kosztów z tytułu odsetek z państwa członkowskiego, w którym ta spółka ma siedzibę, do państwa członkowskiego, w którym siedzibę ma spółka będąca pożyczkodawcą. Jest to jednak coś, co państwa członkowskie muszą co do zasady zaakceptować w obrębie zintegrowanego, jednolitego rynku, takiego jak rynek wewnętrzny Unii Europejskiej.

[28] Po pierwsze, interweniujące rządy i Komisja podkreślają, że przepisy szwedzkie miały bez rozróżnienia zastosowanie do sytuacji czysto wewnętrznych i transgranicznych, podczas gdy w przypadku przepisów niderlandzkich tak nie jest (zob. punkt B niniejszej opinii). Różnica ta nie ma jednak znaczenia dla celów wykładni pojęcia „czysto sztucznych konstrukcji". Po drugie, Komisja twierdzi, że w sprawie, która doprowadziła do wydania tamtego wyroku, zarówno wewnętrzna restrukturyzacja, na której potrzeby zaciągnięto pożyczki, jak i same pożyczki miały ważne uzasadnienia handlowe, a jedynie warunki mające zastosowanie do pożyczek były sztuczne. Nie jestem pewien, czy rzeczywiście tak było, a w każdym razie Trybunał w wyroku Lexel sformułował swój tok rozumowania w sposób szeroki, niepowiązany z okolicznościami faktycznymi sprawy.

[29] Zobacz podobnie M. van der Weijden, ECJ Lexel AB Decision Casts a Shadow Over Dutch Interest Limitation Provision, *European Tax Blog*, 21 czerwca 2021 r.; G. Garcia Prats i in., Opinion Statement ECJ-TF 1/2021 on the ECJ Decision of 20 January 2021 in Lexel AB (Case C-484/19) Concerning the Application of the Swedish Interest Deductibility Rules (30 June 2021), *European Taxation*, vol. 61, No 6, 2021.

[30] Zobacz między innymi wyrok z dnia 12 września 2006 r., Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, pkt 34–38).

[31] Zobacz wyrok Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, pkt 73.

73. Trybunał wskazał jednak w tym zakresie wyraźną granicę. Wyznacza ją ogólna zasada prawa Unii, w myśl której na swobodę przedsiębiorczości nie można powoływać się w celach stanowiących nadużycie. Pojęcie „czysto sztucznych konstrukcji" należy odczytywać w tym świetle. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału nadużyciem ze strony podmiotów gospodarczych z siedzibą w różnych państwach jest dokonywanie „transakcji czysto formalnych lub sztucznych, pozbawionych jakiegokolwiek gospodarczego i handlowego uzasadnienia" (lub inaczej mówiąc, które „nie odzwierciedlają rzeczywistości ekonomicznej"), a zatem spełniających warunki korzystania z korzyści podatkowej wyłącznie formalnie, „głównie w celu uzyskania [tej] korzyści" [32].

74. Co więcej, w wyroku X (Spółki pośrednie z siedzibą w państwach trzecich) [33], Trybunał wyjaśnił w odniesieniu do swobody przepływu kapitału gwarantowanej w art. 63 TFUE, że „warunki wymagane do bezzasadnego uniknięcia opodatkowania w państwie członkowskim lub do bezzasadnego uzyskania korzyści podatkowej w tym państwie można sztucznie stworzyć – jeżeli chodzi o transgraniczny przepływ kapitału – w różnych formach". W tym kontekście Trybunał orzekł, że pojęcie „czysto sztucznej struktury [konstrukcji]" „może również obejmować, w kontekście swobodnego przepływu kapitału, dowolne rozwiązanie, którego głównym celem lub jednym z głównych celów jest sztuczny transfer zysków osiągniętych z działalności wykonywanej na terytorium państwa członkowskiego do [innego państwa] o niskim poziomie opodatkowania".

75. Wykładnia ta moim zdaniem odnosi się również do transakcji wewnątrzgrupowych objętych swobodą przedsiębiorczości. Taka wykładnia jest bowiem w pełni zgodna z wyjaśnieniem przedstawionym w pkt 73 powyżej. Ponadto, jeżeli chodzi o przepisy krajowe dotyczące transakcji wewnątrzgrupowych, takich jak sporne przepisy niderlandzkie, swoboda przepływu kapitału i swoboda przedsiębiorczości są ze sobą nierozerwalnie związane. Wynika to z faktu, że kapitał nie może swobodnie przepływać między spółkami należącymi do tej samej grupy, której swoboda przedsiębiorczości jest ograniczona. Przepisy te mogłyby zatem teoretycznie podlegać kontroli w świetle dowolnej z podstawowych swobód. Nie ma zatem żadnego powodu, aby stosować różne kryteria w zależności od mającej zastosowanie swobody.

76. Podsumowując, jak twierdzą rządy interweniujące i Komisja, do celów ustalenia, czy pożyczka wewnątrzgrupowa stanowi, na potrzeby uzasadnienia ograniczenia swobody przedsiębiorczości, „czysto sztuczną konstrukcję" (lub jest jej częścią), decydujące znacznie ma *cel założony* przez odnośne podmioty gospodarcze. Wewnątrzgrupowa pożyczka stanowi zatem taką „konstrukcję", w sytuacji gdy taką transakcję przeprowadzono wyłącznie (lub głównie) w *celu* uzyskania korzyści podatkowej (takiej jak odliczenie odsetek z tytułu tej pożyczki od zysków podlegających opodatkowaniu), na co wskazuje fakt, że jest skądinąd pozbawiona uzasadnienia ekonomicznego lub handlowego (lub, inaczej rzecz ujmując, „nie odzwierciedla rzeczywistości ekonomicznej"). To, czy tak jest w tym przypadku, wymaga całościowej oceny faktów i okoliczności sprawy [34].

77. Jak zauważa rząd niderlandzki i jak sugerował Trybunał w wyroku Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation [35], można w tym względzie wyróżnić dwie sytuacje.

[32] Zobacz między innymi wyrok z dnia 26 lutego 2019 r., N Luxembourg 1 i in. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 i C-299/16, EU:C:2019:134, pkt 96, 124, 125 i przytoczone tam orzecznictwo). Zobacz również analogicznie, wyrok z dnia 21 grudnia 2023 r., BMW Bank i in. (C-38/21, C-47/21 i C-232/21, EU:C:2023:1014, pkt 282, 283)

[33] Wyrok z dnia 26 lutego 2019 r. (C-135/17, EU:C:2019:136, pkt 84).

[34] Zobacz w tym ostatnim aspekcie wyrok z dnia 26 lutego 2019 r., N Luxembourg 1 i in. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 i C-299/16, EU:C:2019:134, pkt 125 i przytoczone tam orzecznictwo).

[35] Punkt 81.

78. Z jednej strony pożyczka wewnątrzgrupowa zawarta z ważnych powodów gospodarczych lub handlowych może zawierać szczególne warunki, które nie „odzwierciedlają rzeczywistości ekonomicznej". Nadmiernie wysokie oprocentowanie może zostać uzgodnione (sztucznie, ponieważ grupa ostatecznie płaci te odsetki sama sobie) w ramach skądinąd zgodnej z prawem transakcji, w celu uzyskania korzyści z odpowiednio wysokiego odliczenia podatkowego w państwie członkowskim, w którym ma siedzibę spółka zaciągająca pożyczkę. Zasada warunków pełnej konkurencji (a więc to, czy niepowiązane spółki uzgodniłyby te same warunki w porównywalnych okolicznościach) służy jako obiektywny punkt odniesienia, pozwalający ustalić, czy faktycznie tak się stało [36].

79. Z drugiej strony spółki powiązane mogą również zaciągnąć pożyczkę, która jest ogólnie pozbawiona uzasadnienia ekonomicznego lub handlowego, wyłącznie (lub głównie) w celu wygenerowania odsetek w siedzibie spółki będącej pożyczkobiorcą. Wbrew temu, co Trybunał orzekł w pkt 54 wyroku Lexel, i jak wskazano w pkt 76, powyżej, motyw ten, pozbawiony – jak wykazano – uzasadnienia, ma decydujące znaczenie. Z tego właśnie względu taką pożyczkę należy uznać za „czysto sztuczną". Nie ma z kolei znaczenia, czy warunki mające zastosowanie do tej pożyczki odpowiadają warunkom, które uzgodniłyby między sobą w podobnych okolicznościach podmioty ze sobą niepowiązane. Jak zauważa rząd niderlandzki, takiej pożyczki nie można uznać za „odzwierciedlającą rzeczywistość ekonomiczną" tylko dlatego, że mające zastosowanie oprocentowanie ustalono zgodnie z wartością rynkową. Pożyczka nie „odzwierciedla rzeczywistości ekonomicznej", gdyż – gdyby nie związek między spółkami i oczekiwana korzyść podatkowa – pożyczki nigdy by nie zaciągnięto [37]. To właśnie w tego rodzaju sztucznie generowane długi wymierzony jest art. 10a ust. 1 lit. c) ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych.

80. Jak podnoszą rządy interweniujące i Komisja, gdyby transakcje wewnątrzgrupowe pozbawione uzasadnienia ekonomicznego lub handlowego nigdy nie mogły być postrzegane jako „czysto sztuczne konstrukcje", w sytuacji gdy są przeprowadzane w warunkach pełnej konkurencji, poważnie szkodziłoby to zdolności krajowych organów podatkowych do zwalczania stanowiącego nadużycie unikania opodatkowania. Zasada warunków pełnej konkurencji zostałaby faktycznie przekształcona w niepożądaną „bezpieczną przystań" dla grup wielonarodowych. Ich sprytni doradcy podatkowi mogliby swobodnie wyczarować wszelkiego rodzaju zawiłe konstrukcje, których jedynym celem byłoby spowodowanie erozji zobowiązania podatkowego spółki w danym państwie członkowskim oraz przeniesienie jej zysków do innego państwa o niższej stawce podatkowej. O ile doradcy ci sprytnie określiliby warunki tych konstrukcji tak, aby odpowiadały one warunkom zazwyczaj spotykanym na rynku, byłyby one „odporne" na środki przeciwdziałania nadużyciom stosowane przez organy podatkowe [38].

81. Byłoby to jeszcze mniej pożądane z uwagi na fakt, że krajowe organy podatkowe mają zgodnie z ogólną zasadą zakazu nadużywania prawa Unii nie tylko prawo, ale i obowiązek zapobiegania uzyskiwaniu korzyści podatkowych poprzez „czysto sztuczne konstrukcje". Skuteczne środki przeciwdziałające unikaniu opodatkowania są kluczowe bowiem nie tylko dla zapewnienia suwerennego prawa państw członkowskich do opodatkowania dochodów i zysków generowanych na ich terytorium, ale również dla funkcjonowania rynku wewnętrznego ogółem.

[36] Zobacz podobnie wyrok z dnia 21 stycznia 2010 r., SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, pkt 58, 71 i przytoczone tam orzecznictwo). Zobacz również art. 9 Modelowej konwencji w sprawie podatku od dochodu i majątku sporządzonej przez Organizację Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD).

[37] Zobacz w tym względzie wyrok Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, pkt 81.

[38] Moim zdaniem zasada warunków pełnej konkurencji istnieje, aby uniknąć sytuacji, w której uzasadnionymi transakcjami gospodarczymi manipulowano by w niewłaściwych celach podatkowych. Nie należy wykorzystywać jej do legitymizowania transakcji, które od początku nie miały uzasadnienia ekonomicznego.

Stanowiące nadużycie unikanie opodatkowania stanowi zagrożenie dla spójności gospodarczej oraz prawidłowego funkcjonowania rynku wewnętrznego, ponieważ zakłóca warunki konkurencji [39].

82. W rzeczywistości to rosnący wpływ erozji podstawy opodatkowania i strategii przenoszenia zysków przez grupy wielonarodowe na skarb państwa państw członkowskich i funkcjonowanie rynku wewnętrznego skłonił Unię Europejską do zajęcia się tym zagadnieniem. Prawodawca Unii przyjął w tym względzie różne środki, w tym dyrektywę Rady (UE) 2016/1164 ustanawiającą przepisy mające na celu przeciwdziałanie praktykom unikania opodatkowania, które mają bezpośredni wpływ na funkcjonowanie rynku wewnętrznego [40] (zwaną dalej „dyrektywą w sprawie przeciwdziałaniu unikaniu opodatkowania") [41]. Dyrektywa ta zawiera w art. 6 „przepisy ogólne przeciw unikaniu opodatkowania", sformułowane w świetle orzecznictwa Trybunału przypomnianego w pkt 73 powyżej, które należy interpretować odpowiednio [42]. Gdyby krajowe organy podatkowe nie mogły traktować jako „czysto sztucznych konstrukcji" transakcji wewnątrzgrupowych pozbawionych uzasadnienia ekonomicznego lub handlowego, lecz przeprowadzonych w warunkach pełnej konkurencji, szkodziłoby to wspomnianej polityce. Co więcej, odnośne „przepisy przeciw unikaniu opodatkowania" straciłyby znacznie na skuteczności. Duża część transakcji przeprowadzonych nie „z uzasadnionych powodów handlowych, które odzwierciedlają rzeczywistość ekonomiczną", ale (posługując się brzmieniem tego przepisu) „z uwagi na to, że głównym celem […] było uzyskanie korzyści podatkowej", pozostawałaby poza ich zasięgiem.

83. Ze względów przedstawionych powyżej jestem zdania, że Trybunał powinien w niniejszej sprawie odstąpić od pkt 53, 54 i 56 wyroku Lexel [43]. Pożyczki wewnątrzgrupowe zaciągnięte bez żadnego ważnego uzasadnienia handlowego lub gospodarczego wyłącznie (lub głównie) w celu stworzenia zobowiązania podlegającego odliczeniu w państwie siedziby spółki będącej pożyczkobiorcą stanowią „czysto sztuczne konstrukcje", niezależnie od tego, czy zostały udzielone w warunkach pełnej konkurencji. Przepisy krajowe wymierzone w takie pożyczki muszą zostać uznane za konieczne w świetle celu polegającego na zapobieganiu tym „konstrukcjom".

84. Skoro wyjaśniono powyższe, należy przeanalizować pewne końcowe argumenty przedstawione przez spółkę X, dotyczące zakresu stosowania art. 10a ust. 1 lit. c) ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych.

85. Po pierwsze, spółka X zauważa, że niderlandzkie organy podatkowe mogą stosować ten przepis do nieokreślonego zakresu transakcji wewnątrzgrupowych, ponieważ jego zakres zależy od warunków sformułowanych w sposób niejasny i niejednoznaczny, a mianowicie niezależnie od tego, czy pożyczka i związana z nią czynność prawna „opierają się głównie na względach

[39] Zobacz wyrok z dnia 26 lutego 2019 r., N Luxembourg 1 i in. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 i C-299/16, EU:C:2019:134, pkt 107).

[40] Dyrektywa z dnia 12 lipca 2016 r. (Dz.U. 2016, L 193, s. 1).

[41] Zobacz również dyrektywa Rady 2011/16/UE z dnia 15 lutego 2011 r. w sprawie współpracy administracyjnej w dziedzinie opodatkowania i uchylająca dyrektywę 77/799/EWG (Dz.U. 2011, L 64, s. 1), zmieniona dyrektywą Rady (UE) 2018/822 z dnia 25 maja 2018 r. zmieniającą dyrektywę 2011/16/UE w zakresie obowiązkowej automatycznej wymiany informacji w dziedzinie opodatkowania w odniesieniu do podlegających zgłoszeniu uzgodnień transgranicznych (Dz.U. 2018, L 139, s. 1).

[42] Pragnę zauważyć, że dyrektywa w sprawie przeciwdziałania unikaniu opodatkowania nie ma zastosowania ratione temporis do sprawy rozpoznawanej w postępowaniu głównym. Przepisy tej dyrektywy mają bowiem zastosowanie od dnia 1 stycznia 2019 r. Okoliczności faktyczne niniejszej sprawy rozgrywały się przed tą datą.

[43] Rozumiem trudną sytuację, w której znalazłby się Trybunał, gdyby zgodził się z moją oceną. Wyrok Lexel wydała izba w składzie pięcioosobowym, tak samo jak będzie to miało miejsce w niniejszej sprawie. Niemniej jednak w świetle faktu, że sporne punkty wyroku Lexel nie odzwierciedlają podejścia do pojęcia „czysto sztucznej konstrukcji" i nadużycia prawa przyjętego w ogólnej linii orzecznictwa, która obejmuje orzeczenia wielkiej izby wydane zarówno przed wydaniem wyroku Lexel, jak i po tym wyroku (zob. pkt 73, 74 niniejszej opinii), można by uznać, że wyrok ten został już w sposób dorozumiany uchylony. Trybunał nie potrzebuje autorytetu wielkiej izby, aby potwierdzić ten fakt w niniejszej sprawie.

handlowych" [zgodnie z art. 10a ust. 3 lit. a) tej ustawy]. Z tego powodu sporne przepisy niderlandzkie nie są zgodne z zasadą pewności prawa, ponieważ spółki nie mogłyby przewidzieć z wystarczającą dokładnością, które transakcje mogłyby być uznane przez organy podatkowe za stanowiące nadużycie.

86. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału zasada pewności prawa wymaga przede wszystkim, aby przepisy prawa były wystarczająco jasne, precyzyjne, a ich skutki przewidywalne, zwłaszcza wówczas, gdy pociągają one za sobą niekorzystne konsekwencje dla podatników [44].

87. W tym względzie pragnę zauważyć, że sporny przepis niderlandzki został sformułowany w dużej mierze podobnie jak inne przepisy zapobiegające nadużyciom, które można znaleźć w prawie krajowym i prawie Unii. W szczególności zastosowanie „przepisów ogólnych przeciw unikaniu opodatkowania" przewidzianych w art. 6 dyrektywy w sprawie przeciwdziałania unikaniu opodatkowania do danej transakcji zależy, podobnie, od tego, czy daną transakcję przeprowadzono „z uzasadnionych powodów handlowych, które odzwierciedlają rzeczywistość ekonomiczną", a nie „z uwagi na to, że głównym celem […] było uzyskanie korzyści podatkowej". Oczywiście są to pojęcia otwarte, które z natury rzeczy powodują pewien stopień niepewności co do ich zakresu. Co więcej, jak wskazałem w pkt 76 niniejszej opinii, ustalenie, czy przesłanki są spełnione w danym przypadku, wymaga indywidualnej i całościowej oceny faktów i okoliczności, co również pociąga za sobą pewien stopień niepewności.

88. Niemniej jednak ten stopień niepewności jest nieuniknionym i akceptowalnym skutkiem ubocznym tego rodzaju przepisów zapobiegających nadużyciom. Jak zauważyła rzecznik generalna J. Kokott w opinii w sprawie SGI [45], „przepisy mające na celu zwalczanie praktyk stanowiących nadużycie muszą mianowicie z konieczności zawierać pojęcia niedookreślone, aby objąć możliwie najwięcej ewentualnych struktur zmierzających do unikania opodatkowania". Co więcej, przepisy te mają na celu stawienie czoła zachowaniom, które przybierają pozór zgodności z prawem, a zatem są trudne do wykrycia.

89. Nie wynika z tego, że zastosowanie takich przepisów pozostawia się całkowicie uznaniu organów podatkowych, czyniąc ich skutki nieprzewidywalnymi. Jak zauważają sąd odsyłający i rząd niderlandzki, to, czy dana konstrukcja jest „czysto sztuczna", ustala się na podstawie obiektywnych i weryfikowalnych elementów [46].

90. Jak zauważono w pkt 79 powyżej, decydujące znaczenie ma to, czy gdyby nie związek między spółkami i gdyby nie oczekiwana korzyść podatkowa, odnośna wewnątrzgrupowa pożyczka nigdy nie zostałaby zaciągnięta. Rodzaj analizy, jaką należy przeprowadzić w ramach takiego testu, jest wystarczająco jasny. Ocena istotnych faktów i okoliczności wymaga zbadania ogólnej struktury i widocznego celu konstrukcji, której część stanowi ta pożyczka. Jak zauważa sąd odsyłający, pytania są zasadniczo następujące: czy gdyby nie istniała korzyść podatkowa, dany podatnik byłby zainteresowany daną konstrukcją? Czy struktura tej konstrukcji w świetle jej deklarowanego celu wydaje się nadmiernie złożona, a szczególnie czy obejmuje etapy, które

[44] Zobacz między innymi wyrok z dnia 11 czerwca 2015 r., Berlington Hungary i in. (C-98/14, EU:C:2015:386, pkt 74, 76, 77 i przytoczone tam orzecznictwo).

[45] Opinia rzecznik generalnej J. Kokott w sprawie SGI (C-311/08, EU:C:2009:545, pkt 70).

[46] Zobacz w odniesieniu do tego wymogu wyrok z dnia 21 stycznia 2010 r., SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, pkt 71 i przytoczone tam orzecznictwo).

wydają się zbędne (gdyby nie ich wpływ na zobowiązanie podatkowe)? Są to kwestie, które nie powinny być trudne do rozwiązania dla specjalistów podatkowych i wielonarodowych grup przedsiębiorstw, którzy mogą regulować swoje zachowanie odpowiednio [47].

91. W postępowaniu głównym sąd odsyłający i rząd niderlandzki wyjaśniają, że chociaż nabycie podmiotu zewnętrznego i zaciągnięcie przez podatnika w tym celu pożyczki od podmiotu powiązanego jest zasadniczo uznawane za „opierające się głównie na względach handlowych" w rozumieniu art. 10a ust. 3 lit. a) ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, konstrukcja związana z nabyciem spółki F przez spółkę X została uznana za „czysto sztuczną" ze względu na jej złożony charakter i (najwyraźniej) zbędne etapy. Przypomnę, że do etapów tych należało: (i) przekierowanie kapitału własnego ze spółki A do spółki C; (ii) późniejsze przekształcenie tych środków w pożyczkę udzieloną spółce X; (iii) nabycie spółki F przez spółkę X oraz (iv) utworzenie jednej jednostki podatkowej obejmującej spółki F i X, tak aby odsetki zapłacone przez spółkę X spółce C mogły zostać odliczone od podlegających opodatkowaniu zysków wygenerowanych przez spółkę F w Niderlandach [48].

92. W szczególności okoliczność, że pożyczka udzielona spółce X została udzielona ze środków „przekierowanych" ze spółki A, powoduje na pierwszy rzut oka skażenie całej konstrukcji. Nasuwa się bowiem pytanie, czy pożyczka ta była naprawdę potrzebna i dlaczego to spółka X, a nie spółka A kupiła spółkę F. Komisja twierdzi, że w scenariuszu alternatywnym odzwierciedlającym rzeczywistość ekonomiczną spółka F zostałaby zakupiona przez spółkę A, a całe nabycie odbyłoby się w mniejszej liczbie kroków. W tym scenariuszu spółka X wypłaciłaby jednak w odniesieniu do zysków wygenerowanych przez nią i spółkę F w Niderlandach dywidendy na rzecz spółki A. Taki podział zysków nie pociągałby za sobą obniżenia zobowiązania z tytułu podatku dochodowego od osób prawnych w Niderlandach. Z kolei w konstrukcji, w której spółkę F nabyła spółka X, korzystając w tym celu z pożyczki udzielonej przez spółkę C ze środków przekierowanych ze spółki A, z uwagi na fakt, że spółka X odliczyła odsetki z tytułu tej pożyczki od podlegającego opodatkowaniu zysku wygenerowanego przez nią i spółkę F w Niderlandach, zobowiązanie podatkowe tych dwóch spółek w tym państwie członkowskim zostało zredukowane prawie do zera [49].

93. W takiej sytuacji sąd odsyłający i rząd niderlandzki podkreślają, że to do podatnika należy uzasadnienie w wiarygodnym stopniu względów ekonomicznych lub handlowych leżących u podstaw poszczególnych etapów konstrukcji, a w szczególności „przekierowania" pożyczonych środków. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału podatnikowi należy umożliwić przedstawienie dowodów w tym zakresie bez stwarzania nadmiernych obciążeń administracyjnych [50]. Co więcej, jeżeli organy podatkowe w świetle wyjaśnień i dowodów przedstawionych przez podatnika nadal uznają konstrukcję za sztuczną, podatnik może zaskarżyć decyzję tych organów przed sądem. Spółka X nie zdołała przedstawić takiego dowodu w sprawie rozpoznawanej w postępowaniu głównym, a sądy krajowe utrzymały w mocy decyzję organu podatkowego.

94. Spółka X odpowiada, że kwestia, czy można skutecznie powołać się na względy gospodarcze lub handlowe, aby uzasadnić takie „przekierowanie" środków jest niejasna w świetle praktyki niderlandzkich organów podatkowych i sądów. Dotychczas zawsze odrzucano wyjaśnienia. Co

[47] Zobacz analogicznie moja opinia w sprawie Belgian Association of Tax Lawyers i in. (C-623/22, pkt 93–103 i przytoczone tam orzecznictwo).

[48] Zobacz pkt 8–10 niniejszej opinii.

[49] Zobacz pkt 10 niniejszej opinii.

[50] Zobacz między innymi wyrok z dnia 21 stycznia 2010 r., SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, pkt 71 i przytoczone tam orzecznictwo).

więcej, organy i sądy nie biorą pod uwagę w tej kwestii względów dotyczących struktury grupy, której dotyczy sprawa, np. faktu, że spółka udzielająca pożyczki zazwyczaj odgrywa (jak spółka C w niniejszej sprawie) kluczową rolę w finansowaniu tej grupy [51].

95. Moim zdaniem w funkcjonowaniu przepisów zapobiegających nadużyciom, takim jak art. 10a ust. 1 lit. c) ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, zawsze będą istniały szare strefy. Nie czyni to ich jednak niezgodnymi z zasadą pewności prawa. W niniejszej sprawie praktyka niderlandzkich organów podatkowych i sądów będzie stopniowo precyzować kwestię podkreśloną przez spółkę X. W tym względzie ograniczę się do stwierdzenia, że przy ocenie, czy konstrukcję należy uznać za sztuczną lub ekonomicznie uzasadnioną, organy podatkowe i sądy powinny brać pod uwagę *wszystkie* ważne powody ekonomiczne, w tym finansowe [52]. Nie wolno wykluczyć, że powód przedstawiony przez spółkę X może zostać uznany za właśnie taki. Ocena tej kwestii należy do sądu odsyłającego.

96. Po drugie, spółka X kwestionuje rozkład ciężaru dowodu wynikający ze spornych przepisów prawa niderlandzkiego. W szczególności skarżąca zauważa, że art. 10a ust. 1 lit. c) ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych wprowadza ogólne domniemanie nadużycia, wykraczając poza to, co konieczne do osiągnięcia zamierzonego celu [53]. Niderlandzkie organy podatkowe mogą bowiem na podstawie tego przepisu odmówić podatnikowi odliczenia odsetek płaconych przez niego z tytułu pożyczki wewnątrzgrupowej bez konieczności przedstawienia choćby dowodu prima facie wskazującego na nadużycie, podczas gdy podatnik ten, aby uzyskać korzyść podatkową, musi wykazać zgodnie z art. 10a ust. 3 lit. a) tej ustawy, że pożyczka i związana z nią czynność prawna opierają się głównie na względach handlowych.

97. Nie zgadzam się. Oczywiste jest, że jeżeli krajowe organy podatkowe próbują odmówić podatnikowi korzyści podatkowej ze względu na nadużycia, spoczywa na nich ciężar wykazania, że podatnik usiłuje uzyskać tę korzyść poprzez „czysto sztuczną konstrukcję", i mają one obowiązek uwzględnić wszystkie istotne fakty i okoliczności sprawy w świetle kryteriów omówionych powyżej [54]. Nie oznacza to jednak, że państwa członkowskie nie mogą w swoim prawie krajowym ustanawiać domniemań prawnych, o ile są one konkretne i oparte na wystarczających podstawach.

98. W niniejszej sprawie art. 10a ust. 1 lit. c) ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, a także obowiązek uzasadnienia przez podatnika rzeczywistego charakteru analizowanej konstrukcji mają zastosowanie, co do zasady, wyłącznie w przypadkach, gdy pożyczka wewnątrzgrupowa została zaciągnięta przed podatnika od podmiotu powiązanego mającego siedzibę w innym państwie członkowskim, w którym koszty z tytułu odsetek pobierane przez ten podmiot nie są opodatkowane lub nie są opodatkowane z zastosowaniem rozsądnej stawki [55]. Te

[51] Spółka X wyjaśnia, że w świetle struktury grupy spółki A przedmiotowa konstrukcja powinna zostać uznana za ekonomicznie uzasadnioną. Ogólne finansowanie grupy jest bowiem scentralizowane i odbywa się w siedzibie spółki C (zob. pkt 7 niniejszej opinii), która dysponuje personelem i znacznymi aktywami przeznaczonymi na ten cel. To z tego względu nabycie spółki F odbyło się z wykorzystaniem pożyczki udzielonej przez spółkę C. Środki są regularnie przekazywane przez spółkę A spółce C z tego względu, że spółka C potrzebuje kapitału, aby wykonywać swoje zadania.

[52] Zobacz analogicznie motyw 11 dyrektywy w sprawie przeciwdziałania unikaniu opodatkowania.

[53] Spółka X powołuje się na wyroki: z dnia 7 września 2017 r., Eqiom i Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, pkt 31, 32, 36); z dnia 20 grudnia 2017 r., Deister Holding i Juhler Holding (C-504/16 i C-613/16, EU:C:2017:1009, pkt 61, 62).

[54] Zobacz analogicznie wyrok z dnia 26 lutego 2019 r., N Luxembourg 1 i in. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 i C-299/16, EU:C:2019:134, pkt 142).

[55] Jeżeli koszty z tytułu odsetek są opodatkowane według rozsądnej stawki w innym państwie członkowskim, zastosowanie ma warunek określony w art. 10a ust. 3 lit. b) ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, a odliczenia nie można odmówić, co omówiono w śródtytule B niniejszej opinii.

szczególne okoliczności można zasadnie uznać za poszlaki wskazujące na zachowanie, które może być uchylaniem się od opodatkowania stanowiącym nadużycie, co uzasadnia odwrócenie ciężaru dowodu [56].

99. Gdy krajowe organy podatkowe stwierdziły, że tego rodzaju pożyczka wewnątrzgrupowa wchodzi w zakres stosowania tego przepisu i w związku z tym mogła zostać zaciągnięta w celu uniknięcia opodatkowania, wymaganie przez organy od podatnika, by przedstawił dowody ekonomicznych lub handlowych względów stojących za taką konstrukcją i odmowa odliczenia odsetek z tytułu tej pożyczki, jeżeli podatnik tego nie uczyni, nie są działaniem nadmiernym [57]. Koniec końców, podatnik ma najpełniejszą wiedzę, by przedstawić wyjaśnienia i dowody świadczące o motywach przeprowadzonych transakcji. Ponadto Trybunał wielokrotnie orzekał, że „nic nie stoi na przeszkodzie temu, aby dane organy podatkowe zażądały od podatnika takich dowodów, jakie uznają za konieczne dla danego ustalenia podatków i opłat, a w razie potrzeby – aby odmówiły [wnioskowanej korzyści], jeżeli dowody te nie zostaną dostarczone” [58].

b) Konsekwencje wynikające z uznania transakcji za takie konstrukcje nie są nadmierne

100. Zgodnie z art. 10a ust. 1 lit. c) ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, jeżeli zostanie stwierdzone, że pożyczka wewnątrzgrupowa stanowi czysto sztuczną konstrukcję (zgodnie z warunkami omówionymi w poprzednich częściach), całkowicie odmawia się prawa do odliczenia odsetek z tytułu takiej pożyczki przy ustalaniu w Niderlandach zysków podatnika będącego pożyczkobiorcą.

101. Chociaż sąd odsyłający uważa, że taka konsekwencja logicznie wynika ze stwierdzenia sztucznego charakteru pożyczki, mimo wszystko zastanawia się (konkretnie w swoim drugim pytaniu), czy w świetle pkt 51 wyroku Lexel całkowita odmowa prawa do odliczenia wykracza poza to, co konieczne do osiągnięcia zamierzonego celu. Trybunał stwierdził bowiem w tym punkcie, że jeżeli organ podatkowy uważa, że pożyczka zaciągnięta przez podatnika od podmiotu powiązanego stanowi czysto sztuczną konstrukcję, „zasada proporcjonalności wymaga, by odmowa przyznania prawa do odliczenia ograniczała się do tej części odsetek, która przewyższa odsetki, jakie zostałyby ustalone w braku szczególnych powiązań między stronami” [59].

102. Zgadzam się z interweniującymi rządami i Komisją, że tak nie jest. W tym względzie należy również rozróżnić dwie sytuacje wspomniane w pkt 78 i 79 powyżej.

[56] Zobacz analogicznie wyrok z dnia 26 lutego 2019 r., X (Spółki kontrolowane z siedzibą w państwach trzecich) (C-135/17, EU:C:2019:136, pkt 86). Zobacz dla przeciwwagi wyrok z dnia 20 grudnia 2017 r., Deister Holding i Juhler Holding (C-504/16 i C-613/16, EU:C:2017:1009, pkt 65, 67, 71). Najwyraźniej prawodawca Unii jest tego samego zdania. W tym względzie załącznik IV do dyrektywy 2011/16 zawiera – na potrzeby obowiązków sprawozdawczych przewidzianych w tej dyrektywie – wykaz „cech rozpoznawczych”, a więc cech charakterystycznych lub przymiotów konstrukcji, które „wskazują na potencjalne zagrożenie unikaniem opodatkowania” (zob. art. 3 pkt 20 tej dyrektywy). Zwłaszcza część II sekcja C pkt 1 lit. d) stanowi, że taką cechę rozpoznawczą może stanowić „uzgodnienie, które obejmuje podlegające odliczeniu płatności transgraniczne między co najmniej dwoma powiązanymi przedsiębiorstwami, w przypadku gdy […] wspomniane płatności są objęte preferencyjnym systemem podatkowym w jurysdykcji, w której odbiorca jest rezydentem do celów podatkowych”.

[57] Zobacz podobnie wyroki: z dnia 21 stycznia 2010 r., SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, pkt 73); a także z dnia 5 lipca 2012 r., SIAT (C-318/10, EU:C:2012:415, pkt 53).

[58] Zobacz między innymi wyrok z dnia 26 lutego 2019 r., N Luxembourg 1 i in. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 i C-299/16, EU:C:2019:134, pkt 141 i przytoczone tam orzecznictwo).

[59] Zobacz również wyrok Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, pkt 83.

103. Z jednej strony, jeżeli sztuczność polega na niezwykle wysokim oprocentowaniu ustalonym w prawdziwej – pod innymi względami – pożyczce wewnątrzgrupowej, odpowiedzią zgodną z zasadą proporcjonalności jest dokonanie korekty co do ułamka kosztów z tytułu odsetek, który wykracza poza zwykłą stopę rynkową. Całkowita odmowa odliczenia tych odsetek wykraczałaby poza cel polegający na zapobieganiu całkowicie sztucznym konstrukcjom.

104. Z drugiej strony, jeżeli pożyczka jest sama w sobie pozbawiona uzasadnienia ekonomicznego lub handlowego i nigdy nie zostałaby zaciągnięta, gdyby nie związek między spółkami i oczekiwana korzyść podatkowa, całkowicie logiczna i proporcjonalna jest odmowa odliczenia całości odsetek, a nie jedynie ich części. Tego rodzaju czysto sztuczna konstrukcja musi być bowiem zignorowana przez organy podatkowe przy obliczaniu należnego podatku dochodowego. Bez pożyczki nie ma odsetek do odliczenia.

105. Skoro organy w tej drugiej sytuacji miałyby odmówić odliczenia jedynie części odsetek z tytułu pożyczki, powodowałoby to zakwestionowanie spójności systemu zapobiegania nadużyciom. Część (lub nawet całość) korzyści podatkowej, do której uzyskania dążono w wyniku nadużycia, zostałaby koniec końców uzyskana przez podatnika, wbrew zamierzonemu celowi prawodawcy [60].

V. Wnioski

106. W świetle całości powyższych rozważań proponuję, aby Trybunał odpowiedział na pytania zadane przez Hoge Raad der Nederlanden (sąd najwyższy Niderlandów) w następujący sposób:

Artykuł 49 TFUE

należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie przepisom krajowym, na mocy których odsetki z tytułu pożyczki zaciągniętej od podmiotu powiązanego z podatnikiem nie podlegają odliczeniu przy ustalaniu zysków takiego podatnika, jeżeli zaciągnięcie tej pożyczki było motywowane głównie nie względami handlowymi, ale celem stworzenia długu podlegającego odliczeniu, nawet jeżeli oprocentowanie pożyczki nie przekraczało oprocentowania, jakie zostałoby uzgodnione między niezależnymi od siebie przedsiębiorstwami. W tej sytuacji należy odmówić odliczenia odsetek w całości.

[60] Podczas rozprawy Trybunał zwrócił się do interwenientów z pytaniem, czy organy podatkowe nie powinny wręcz traktować odsetek zapłaconych przez spółkę zaciągającą pożyczkę spółce udzielającej pożyczki jako (ukrytej) wypłaty zysku (zob. w tym względzie pkt 92 niniejszej opinii). Jeżeli by tak było, zobowiązanie podatkowe spółki zaciągającej pożyczkę mogłoby znacznie wzrosnąć, nie tylko dlatego, że zysków podlegających opodatkowaniu nie można by obniżyć o kwotę zapłaconych odsetek, ale również dlatego, że gdyby odsetki te uznano za wypłatę zysku, to w zależności od obowiązujących przepisów podatkowych spółka ta mogłaby być zobowiązana do zapłaty podatku dochodowego od osób prawnych w chwili dokonywania tej transakcji [zob. analogicznie wyrok Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (pkt 38, 39)]. Odnoszę wrażenie, że – jak zauważyła Komisja podczas rozprawy – takie działanie organów podatkowych byłoby proporcjonalne, a zatem spójne z prawem Unii. Jednakże odpowiedni sposób traktowania odsetek stanowi zagadnienie, które powinno być rozstrzygnięte przez krajowe organy podatkowe w świetle ich przepisów krajowych (zob. analogicznie art. 6 ust. 3 dyrektywy w sprawie przeciwdziałania unikaniu opodatkowania).