

WYROK TRYBUNAŁU (czwarta izba)

z dnia 3 października 2013 r. (*)

Swobodny przepływ kapitału – Przepisy podatkowe – Podatek dochodowy od osób prawnych – Odsetki płacone przez spółkę brytyjską rezydentem tytułem wynagrodzenia za fundusze pożyczane przez spółkę mającą siedzibę w państwie trzecim – Istnienie „powiązania w szczególny sposób” pomiędzy tymi spółkami – System niedokapitalizowania – Niemożliwość odliczenia odsetek przypadających na cztery zadłużenia uznane za nadmierne – Odliczenie w przypadku odsetek płaconych na rzecz spółki mającej siedzibę na terytorium kraju – Oszustwo podatkowe lub unikanie opodatkowania – Całkowicie sztuczne konstrukcje – Warunki pełnej konkurencji – Proporcjonalność

W sprawie C-282/12

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Tribunal Central Administrativo Sul (Portugalia) postanowieniem z dnia 29 maja 2012 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 6 czerwca 2012 r., w postępowaniu:

Itelcar – Automóveis de Aluguer Lda

przeciwko

Fazenda Pública,

TRYBUNAŁ (czwarta izba),

w składzie: L. Bay Larsen, prezes izby, K. Lenaerts, wiceprezes Trybunału, pełniący obowiązki sędziego czwartej izby, J. Malenovský, U. Löhms (sprawozdawca) i M. Safjan, sędziowie,

rzecznik generalny: N. Wahl,

sekretarz: V. Tourrès, administrator,

uwzględniając pisemny etap postępowania i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 11 kwietnia 2013 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Itelcar – Automóveis de Aluguer Lda przez P. Vidala Matosa oraz D. Ortigão Ramosa, advogados,
- w imieniu rządu portugalskiego przez L. Ineza Fernandesą oraz J. Menezesa Leitão oraz przez A. Cunhę, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu Komisji Europejskiej przez M. Afonso oraz W. Roelsa, działających w charakterze pełnomocników,

podjęwszy, po wysłuchaniu rzecznika generalnego, decyzję o rozstrzygnięciu sprawy bez opinii, wydaje następujący

Wyrok

1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 56 WE i 58 WE.

2 Wniosek ten został złożony w ramach postępowania pomiędzy Itelcar – Automóveis de Aluguer Lda (zwaną dalej „Itelcarem”) a Fazenda Pública (skarbem państwa) w przedmiocie niemożliwości odliczenia części odsetek wypłaconych GE Capital Fleet Services International Holding Inc. (zwanej dalej „GE Capital”), spółce amerykańskiej, tytułem wynagrodzenia za pożyczki udzielone przez nią spółce Itelcar.

Ramy prawa portugalskiego

3 Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (kodeks podatku dochodowego od osób prawnych) w brzmieniu wynikającym z dekretu z mocy ustawy nr 198/2001 z dnia 3 lipca 2001 r., zmienionego przez ustawę nr 60/A/2005 z dnia 30 grudnia 2005 r. (zwaną dalej „CIRC”), przewiduje w art. 61 zatytułowanym „Niedokapitalizowanie”:

„1. Jeżeli zadłużenie podatnika wobec podmiotu niemającego siedziby lub miejsca zamieszkania na terytorium portugalskim lub w innym państwie członkowskim Unii, z którym jest on powiązany w szczególny sposób zgodnie z definicją znajdującą się w art. 58 ust. 4, po dokonaniu koniecznych dostosowań, jest nadmierne, odsetki przypadające na część uznana za nadmierną nie podlegają odliczeniu przy ustalaniu podlegającego opodatkowaniu zysku.

2. Z istnieniem powiązania w szczególny sposób jest zrównana sytuacja zadłużenia podatnika wobec osoby trzeciej niemającej siedziby lub miejsca zamieszkania na terytorium portugalskim lub w innym państwie członkowskim Unii, w którym jeden z podmiotów wymienionych w art. 58 ust. 4 udzielił awalu lub gwarancji.

3. Nadmierne zadłużenie ma miejsce wtedy, gdy wartość zadłużenia wobec każdego z podmiotów wymienionych w ust. 1 i 2, w jakimkolwiek momencie w trakcie roku podatkowego, przekracza dwukrotnie jego udział w kapitale własnym podatnika.

4. Przy obliczaniu zadłużenia są brane pod uwagę wszystkie formy wierzytelności, tak w pieniądzu, jak i w rzeczach określonych co do gatunku, niezależnie od formy umówionego wynagrodzenia, przyznanego przez podmiot, z którym istnieje szczególne powiązanie, w tym wierzytelności wynikające z transakcji handlowych, jeżeli upłynęło ponad sześć miesięcy od daty ich wymagalności.

5. Przy obliczaniu subskrybowanego kapitału własnego i wniesionego dodaje się do pozostałych rubryk zaklasyfikowanych w ten sposób przez obowiązujące uregulowanie księgowe, z wyjątkiem tych, które oznaczają potencjalne lub ukryte zwiększenie lub utratę wartości, w szczególności wynikające z niedozwolonej przez prawo podatkowe rewaloryzacji lub z zastosowania metody aktualizacji środków.

6. Z wyjątkiem przypadku zadłużenia wobec podmiotu mającego siedzibę w państwie, na terytorium lub w regionie o wyraźnie korzystniejszym systemie podatkowym, wymienionych na liście zatwierdzonej zarządzeniem ministra ds. państwa i finansów, przepisy ust. 1 nie mają zastosowania, jeżeli po przekroczeniu współczynnika, o którym mowa w ust. 3, podatnik wykazuje, że z uwagi na rodzaj działalności, sektor, w jaki ona się wpisuje, rozmiar i inne właściwe kryteria, oraz uwzględniając profil ryzyka transakcji, która nie zakłada uczestnictwa podmiotów, z jakimi jest on powiązany w szczególny sposób, osiągnięby ten sam poziom zadłużenia w podobnych

warunkach u podmiotu niezależnego.

7. Dowód, o którym mowa w ust. 6, powinien zawierać akta podatkowe, o których mowa w art. 121”.

4 Artykuł 58 ust. 4 CIRC, do którego odsyła art. 61 ust. 1 i 2 tego kodeksu, ma następującą treść:

„Uważa się, że dwa podmioty są powiązane w szczególny sposób w sytuacji, w której jeden z nich jest uprawniony do wywierania bezpośrednio lub pośrednio znaczącego wpływu na decyzje w sprawach zarządu drugiego podmiotu, co uznaje się za wykazane w szczególności pomiędzy:

- a) podmiotem i posiadaczami jego kapitału lub ich małżonkami, zstępными lub wstępnymi, którzy posiadają bezpośrednio lub pośrednio udział nie mniejszy niż 10% kapitału lub praw głosu;
- b) podmiotami, w których ci sami posiadacze kapitału, ich małżonkowie, zstępni lub wstępni posiadają bezpośrednio lub pośrednio udział nie niższy niż 10% kapitału lub praw głosu;
- c) podmiotem i członkami jego organów, lub członkami któregośkolwiek z organów administracyjnych, kierujących, zarządzających lub kontrolnych, i ich małżonkami, zstępными i wstępnymi;
- d) podmiotami, w których większość członków jego organów lub członków któregośkolwiek z organów administracyjnych, kierujących, zarządzających lub kontrolnych, stanowią te same osoby, lub w przypadku, gdy są to różne osoby, pozostają one w związku małżeńskim, prawnie uznanym związkiem faktycznym lub w związku pokrewieństwa w linii prostej;
- e) podmiotami związanymi umową podporządkowania, umową grupy parytetowej lub inną umową o podobnym skutku;
- f) spółkami pozostającymi w stosunku dominacji w sposób, w jaki zostało to określone w przepisach ustanawiających obowiązek sporządzania skonsolidowanych sprawozdań finansowych;
- g) podmiotami, pomiędzy którymi, z uwagi na istniejące lub praktykowane w sposób pośredni lub bezpośredni pomiędzy nimi stosunki handlowe, finansowe, zawodowe lub prawne, istnieje stosunek faktycznej zależności w wykonywaniu danej działalności, w szczególności, gdy pomiędzy nimi ma miejsce jedna z następujących sytuacji:
 - 1) wykonywanie działalności przez jeden z nich zależy zasadniczo od przekazania praw własności przemysłowej lub intelektualnej lub know-how posiadanych przez drugi;
 - 2) zaopatrzenie w surowce lub dostęp do sieci sprzedaży produktów, towarów lub usług przez jeden podmiot zależy w zasadniczy sposób od drugiego;
 - 3) istotna część działalności jednego z podmiotów może być wykonywana tylko z drugim podmiotem lub zależy od jego decyzji;
 - 4) prawo ustalania ceny lub warunków o równoważnym skutku gospodarczym w stosunku do towarów lub usług negocjowanych, dostarczanych lub nabywanych przez jeden z tych podmiotów należy na podstawie aktu prawnego do drugiego podmiotu;
 - 5) na podstawie zasad i warunków rządzących jego stosunkami handlowymi bądź prawnymi,

jeden z podmiotów może uzależnić decyzje o zarządzaniu drugim podmiotem od zdarzeń lub okoliczności niezależnych od samych ich stosunków handlowych lub zawodowych.

h) podmiotem będącym rezydentem lub niebędącym rezydentem posiadającym stały zakład na terytorium portugalskim lub podmiotem podlegającym wyraźnie korzystniejszemu traktowaniu pod względem podatkowym mającym siedzibę w innym państwie, na terytorium lub w regionie znajdujących się na liście zatwierdzonej przez ministra ds. państwa i finansów”.

Postępowanie główne i pytanie prejudycjalne

5 Itelcar jest spółką portugalską, której działalność gospodarcza polega w szczególności na wynajmie lekkich pojazdów samochodowych. Do 2005 r. w całości jej kapitał zakładowy znajdował się w całości w posiadaniu General Electric International (Benelux) BV, spółki belgijskiej, której ponad 10% kapitału posiadane jest przez GE Capital. Od 2006 r. 99,98% kapitału Itelcaru znajdowało się w posiadaniu rzeczonoj spółki belgijskiej, a 0,02% w posiadaniu GE Capital.

6 W dniu 23 lipca 2001 r. weszła w życie na okres dziesięciu lat umowa pożyczki zawarta pomiędzy Itelcarem a GE Capital, umożliwiająca pierwszej spółce korzystanie z linii kredytowej w zamian za zapłatę odsetek według stopy Euribor, powiększonej o marżę odsetkową („spread”) w wysokości 0,5%.

7 W ramach tej umowy kredyt, z którego rzeczywiście skorzystał Itelcar, wyniósł 122 072 179,97 EUR w 2004 r., 131 772 249,75 EUR w 2005 r., 212 113 789,46 EUR w 2006 r. i 272 113 789,46 EUR w 2007 r.

8 Itelcar wystąpił do generalnego dyrektora ds. podatków w celu wykazania, że dla każdego z lat 2004–2007 stopień jego zadłużenia wobec GE Capital mógł zostać osiągnięty w analogicznych warunkach z innym niezależnym podmiotem, oraz że marża odsetkowa uzgodniona z GE Capital była zgodna z zasadą równej konkurencji.

9 Decyzjami z dnia 5 grudnia 2008 r. oraz z dnia 8 stycznia 2009 r. Itelcar został poinformowany o ostatecznych protokołach z kontroli podatkowej dokonujących korekty podstawy opodatkowania rzeczonoj spółki za lata 2004–2007 na podstawie art. 61 CIRC. W protokołach tych stwierdzono nadmierne zadłużenie w rozumieniu ust. 3 rzeczonoj artykułu, a także to, że dowody przedstawione przez Itelcar były niewystarczające dla zastosowania ust. 6 tego artykułu.

10 W 2009 r. Itelcar wniósł dwa odwołania od ww. decyzji korygujących. Ponieważ odwołania te zostały oddalone, Itelcar wniósł skargę do Tribunal Administrativo e Fiscal de Sintra (sądu ds. administracyjnych i podatkowych w Sintrze). Skarga ta została częściowo oddalona na tej podstawie, iż prawo krajowe mające zastosowanie w sprawie nie naruszało swobody przepływu kapitału ustanowionej w art. 56 WE.

11 Itelcar wniósł odwołanie od wyroku Tribunal Administrativo e Fiscal de Sintra do sądu odsyłającego, który uznał, że rozstrzygnięcie toczy się przed nim sporu zależącego od zgodności wdrażanych przepisów CIRC z prawem Unii.

12 W tych okolicznościach Tribunal Central Administrativo Sul postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy art. 63 [TFUE] oraz art. 65 TFUE (dawne art. 56 WE i 58 WE) sprzeciwiają się przepisom państwa członkowskiego takim jak art. 61 CIRC [...], który w sytuacji zadłużenia podatnika będącego portugalskim rezydentem wobec podmiotu z trzeciego państwa, z którym podatnik ten

jest powi?zany w szczególny sposób w rozumieniu art. 58 ust. 4 CIRC, nie zezwala na odliczenie jako kosztu podatkowego poniesionych i zap?aconych przez niego odsetek dotycz?cych cz??ci zad?u?enia uznanego za nadmierne w rozumieniu art. 61 ust. 3 CIRC, w tych samych okoliczno?ciach, co odsetki zap?acone przez podatnika b?d?cego portugalskim rezydentem, którego zad?u?enie zostanie uznane za nadmierne wobec podmiotu b?d?cego portugalskim rezydentem, z którym jest on powi?zany w szczególny sposób”.

W przedmiocie pytania prejudycjalnego

13 Przez pytanie prejudycjalne s?d odsy?aj?cy zmierza zasadniczo do ustalenia, czy art. 56 WE powinien by? interpretowany w ten sposób, ?e sprzeciwia si? on uregulowaniu pa?stwa cz?onkowskiego, które nie zezwala na odliczenie jako kosztu, przy obliczaniu zysku podlegaj?cego opodatkowaniu, odsetek przypadaj?cych na cz??? zad?u?enia zaklasyfikowan? jako nadmiern?, p?aconych przez spó?k? b?d?c? rezydentem spó?ce udzielaj?cej po?yczki maj?cej siedzib? w pa?stwie trzecim, z któr? spó?ka powi?zana jest w szczególny sposób, lecz które pozwala na odliczenie takich odsetek p?aconych na rzecz spó?ki udzielaj?cej po?yczki b?d?cej rezydentem, z któr? owa spó?ka po?yczaj?ca powi?zana jest w szczególny sposób.

W przedmiocie maj?cej zastosowanie swobody

14 Je?eli chodzi o mo?liwo?? zastosowania art. 56 WE do okoliczno?ci w post?powaniu g?ównym, nale?y stwierdzi? ju? na wst?pie, ?e po?yczki i kredyty pieni??ne przyznawane przez nierezydentów na rzecz rezydentów stanowi? przep?yw kapita?u w rozumieniu tego przepisu, co zosta?o wskazane w pkt VIII nomenklatury uj?tej w za??czniku I do dyrektywy Rady 88/361/EWG z dnia 24 czerwca 1988 r. w sprawie wykonania art. 67 traktatu [artyku? uchylony na mocy traktatu z Amsterdamu] (Dz.U. L 178, s. 5) i zawartych w niej notach wyja?niaj?cych (zob. podobnie wyrok z dnia 3 pa?dziernika 2006 r. w sprawie C?452/04 Fidium Finanz, Zb.Orz. s. I?9521, pkt 41, 42).

15 Niemniej jednak rz?d portugalski twierdzi, ?e uregulowanie sporne w post?powaniu g?ównym stanowi system oparty na istnieniu „szczególnych powi?za?” wynikaj?cych z faktu, ?e podmiot udzielaj?cy po?yczki ma prawo wywierania bezpo?rednio lub po?rednio znacz?cego wp?ywu na decyzje w sprawach zarz?dzania i finansowania podmiotu po?yczaj?cego. Trybuna? bada? takie systemy wy??cznie w ?wietle swobody przedsi?biorczo?ci, która nie ma zastosowania do transakcji dokonywanych, tak jak w niniejszej sprawie, z podmiotem maj?cym siedzib? w pa?stwie trzecim.

16 W tym zakresie Trybuna? orzek? w odniesieniu do prawa krajowego dotycz?cego traktowania pod wzgl?dem podatkowym dywidend pochodz?cych z pa?stwa trzeciego, i? nale?y stwierdzi?, ?e zbadanie celu tego prawa wystarcza dla dokonania oceny, czy traktowanie pod wzgl?dem podatkowym dywidend pochodz?cych z pa?stwa trzeciego jest obj?te postanowieniami traktatu WE dotycz?cymi swobodnego przep?ywu kapita?u. W rzeczywisto?ci bowiem w zakresie, w jakim rozdzia? traktatu dotycz?cy swobody przedsi?biorczo?ci nie zawiera ?adnego postanowienia, które rozszerza?oby zakres jego zastosowania na sytuacje dotycz?ce podj?cia dzia?alno?ci przez spó?k? danego pa?stwa cz?onkowskiego w pa?stwie trzecim lub podj?cia dzia?alno?ci przez spó?k? pa?stwa trzeciego w pa?stwie cz?onkowskim, takie przepisy prawa nie s? obj?te zakresem art. 43 WE (zob. wyrok z dnia 13 listopada 2012 r. w sprawie C?35/11 Test Claimants in the FII Group Litigation, pkt 96, 97 i przytoczone tam orzecznictwo).

17 Trybuna? orzek? równie?, ?e je?eli z celu przepisów prawa krajowego wynika, i? ma ono zastosowanie jedynie do udzia?ów, które pozwalaj? na wywieranie niew?tpliwego wp?ywu na decyzje danej spó?ki i na okre?lanie jej dzia?alno?ci, to nie mo?na si? powo?a? ani na art. 43 WE, ani na art. 56 WE (ww. wyrok w sprawie Test Claimants in the FII Group Litigation, pkt 98).

18 Z kolei uregulowanie krajowe dotyczy?ce traktowania pod wzgl?dem podatkowym dywidend pochodz?cych z pa?stwa trzeciego, niemaj?ce zastosowania wy??cznie do sytuacji, w których spó?ka dominuj?ca wywiera decyduj?cy wp?yw na spó?k? wyp?acaj?c? dywidendy, powinno by? oceniane pod wzgl?dem art. 56 WE. W zwi?zku z tym spó?ka b?d?ca rezydentem pa?stwa cz?onkowskiego mo?e, niezale?nie od wielko?ci udzia?u posiadanego w wyp?acaj?cej dywidendy spó?ce z siedzib? w pa?stwie trzecim, powo?a? si? na ten przepis celem zakwestionowania zgodno?ci z prawem tego uregulowania (ww. wyrok w sprawie Test Claimants in the FII Group Litigation, pkt 99; a tak?e wyrok z dnia 28 lutego 2013 r. w sprawie C?168/11 Beker, pkt 30).

19 Rozwa?ania te maj? zastosowanie do uregulowania krajowego, takiego jak sporne w post?powaniu g?ównym, które dotyczy traktowania pod wzgl?dem podatkowym odsetek p?aconych przez spó?k? b?d?c? rezydentem spó?ce udzielaj?cej po?yczki maj?cej siedzib? w pa?stwie trzecim, z któr? jest ona powi?zana w szczególny sposób. W rzeczywisto?ci bowiem uregulowanie to nie by?oby obj?te ani zakresem art. 43 WE, ani 56 WE, je?eli dotyczy?oby ono wy??cznie sytuacji, w których spó?ka udzielaj?ca po?yczki posiada?aby udzia? w spó?ce po?yczaj?cej b?d?cej rezydentem, który umo?liwia?by jej wywieranie niew?tpliwego wp?ywu na t? ostatni? spó?k?.

20 Je?eli chodzi o uregulowanie sporne w post?powaniu g?ównym, to tak jak podnosz? Itelcar i Komisja Europejska, sformu?owanie „powi?zana w szczególny sposób” zawarte w art. 58 ust. 4 CIRC nie obejmuje wy??cznie sytuacji, w których udzielaj?ca po?yczki spó?ka pa?stwa trzeciego wywiera niew?tpliwy wp?yw w rozumieniu ww. orzecznictwa Trybuna?u na spó?k? po?yczaj?c? b?d?c? rezydentem na podstawie swojego udzia?u w kapitale tej spó?ki. W szczeg?lno?ci sytuacje wymienione w owym ust. 4 pod lit. g), które dotycz? stosunków handlowych, finansowych, zawodowych lub prawnych pomi?dzy odno?nymi spó?kami, niekoniecznie oznaczaj? udzia? ze strony spó?ki udzielaj?cej po?yczki w kapitale spó?ki po?yczaj?cej.

21 W trakcie rozprawy rz?d portugalski wskaza? jednak w odpowiedzi na pytanie skierowane przez Trybuna?, ?e rzeczne uregulowanie ma zastosowanie jedynie do sytuacji, w których spó?ka udzielaj?ca po?yczki posiada bezpo?rednio lub po?rednio udzia? w kapitale spó?ki po?yczaj?cej.

22 Tymczasem, nawet je?eliby przy??, ?e stosowanie spornego w post?powaniu g?ównym uregulowania by?oby ograniczone do sytuacji dotycz?cych stosunków pomi?dzy spó?k? po?yczaj?c? a spó?k? udzielaj?c? po?yczki posiadaj?c? udzia? stanowi?cy co najmniej 10% kapita?u lub praw g?osu w pierwszej spó?ce, lub pomi?dzy spó?kami, w których te same osoby posiadaj? taki udzia?, tak jak to przewiduje art. 58 ust. 4 lit. a) i b) CIRC, to nale?y stwierdzi?, i? udzia? o takiej wielko?ci niekoniecznie oznacza, ?e osoba posiadaj?ca taki udzia? wywiera niew?tpliwy wp?yw na decyzje spó?ki, której jest akcjonariuszem (zob. podobnie wyroki: z dnia 13 kwietnia 2000 r. w sprawie C?251/98 Baars, Rec. s. I?2787, pkt 20; z dnia 12 grudnia 2006 r. w sprawie C?446/04 Test Claimants in the FII Group Litigation, Zb.Orz. s. I?11753, pkt 58).

23 Z powy?szego wynika, ?e spó?ka b?d?ca rezydentem mo?e, niezale?nie od posiadania w jej kapitale udzia?u przez udzielaj?c? po?yczki spó?k? pa?stwa trzeciego, oraz niezale?nie od wielko?ci takiego udzia?u, powo?ywa? si? na przepisy traktatu dotycz?ce swobodnego przep?ywu kapita?u w celu podwa?enia zgodno?ci z prawem takiego uregulowania krajowego (zob. podobnie ww. wyrok z dnia 13 listopada 2012 r. w sprawie Test Claimants in the FII Group Litigation, pkt 104).

24 Ponadto w niniejszej sprawie brak jest niebezpiecze?stwa przy dokonywaniu wyk?adni rzeczonych przepisów w ?wietle stosunków z pa?stwami trzecimi, ?e spó?ki udzielaj?ce po?yczki maj?ce siedzib? w owych pa?stwach, które nie s? obj?te terytorialnym zakresem zastosowania

swobody przedsięwzięcia, bądź czerpać korzyści z tej swobody. W rzeczywistości bowiem, w przeciwieństwie do tego, co podnosi rząd portugalski w trakcie rozprawy, uregulowanie krajowe takie jak sporne w postępowaniu głównym, nie przewiduje warunków dostępu do rynku dla takich spółek w odnośnym państwie członkowskim, lecz dotyczy wyjątkowo traktowania pod względem podatkowym odsetek przypadających na zadłużenie uznane za nadmierne, które zostały zaciągnięte przez spółkę bądź rezydentem u spółki państwa trzeciego, z której jest ona powołana w szczególny sposób w rozumieniu art. 58 ust. 4 CIRC (zob. podobnie ww. wyrok z dnia 13 listopada 2012 r. w sprawie *Test Claimants in the FII Group Litigation*, pkt 100).

25 Z powyższego wynika, że uregulowanie takie jak sporne w postępowaniu głównym powinno być oceniane wyjątkowo z punktu widzenia swobody przepływu kapitału ustanowionej w art. 56 WE.

W przedmiocie istnienia ograniczenia i ewentualnego uzasadnienia

26 Należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, mimo iż podatki bezpośrednio należą do kompetencji państw członkowskich, to jednak państwa te muszą wykonywać tę kompetencję z poszanowaniem prawa Unii (wyrok z dnia 10 maja 2012 r. w sprawach połączonych od C-338/11 do C-347/11 *Santander Asset Management SGIIIC i in.*, pkt 14 i przytoczone tam orzecznictwo).

27 Z utrwalonego orzecznictwa wynika również, że do środków zakazanych przez art. 56 ust. 1 WE zaliczają się, jako ograniczenia w przepływie kapitału, środki mogące zniechęcać nierezydentów do dokonania inwestycji w danym państwie członkowskim lub mogące zniechęcić rezydentów danego państwa członkowskiego do dokonywania inwestycji w innych państwach (wyrok z dnia 25 stycznia 2007 r. w sprawie C-370/05 *Festersen*, Zb.Orz. s. I-1129, pkt 24; a także ww. wyrok w sprawach połączonych *Santander Asset Management SGIIIC i in.*, pkt 15).

28 W niniejszej sprawie z art. 61 ust. 1 CIRC wynika, że jeżeli zadłużenie spółki bądź rezydentem wobec spółki mającej siedzibę w państwie trzecim, z której jest ona powołana w szczególny sposób w rozumieniu art. 58 ust. 4 CIRC, jest uznane za nadmierne w rozumieniu art. 61 ust. 3, odsetki przypadające na nadmierną część zadłużenia nie podlegają odliczeniu w celu określenia podlegającego opodatkowaniu zysku spółki bądź rezydentem.

29 Z kolei z art. 61 ust. 1 CIRC wynika również, że możliwość odliczenia takich odsetek jest dopuszczalna, gdy spółka udzielająca pożyczki ma siedzibę na terytorium portugalskim lub w innym państwie członkowskim.

30 Tak jak to przyznaje rząd portugalski, na wypadek, gdyby Trybunał uznał, że sytuacja w postępowaniu głównym objęta jest swobodą przepływu kapitału, to sytuacja ta oznacza mniej korzystne traktowanie pod względem podatkowym spółki bądź rezydentem, która zaciąga dług przekraczający pewien poziom u spółki mającej siedzibę w państwie trzecim, w stosunku do spółki bądź rezydentem, która zaciąga taki dług u spółki mającej siedzibę na terytorium kraju lub w innym państwie członkowskim.

31 Takie mniej korzystne traktowanie jest w stanie zniechęcić spółkę bądź rezydentem do zadłużania się w nadmierny sposób u spółki mającej siedzibę w państwie trzecim, z której jest powołana w szczególny sposób w rozumieniu uregulowania spornego w postępowaniu głównym. W związku z tym stanowi ono ograniczenie w swobodnym przepływie kapitału co do zasady zakazane przez art. 56 WE.

32 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem tego rodzaju ograniczenie można dopuścić jedynie wtedy, gdy jest uzasadnione nadrzędnymi względami interesu ogólnego. Powinno ono ponadto w

takiej sytuacji by? odpowiednie dla zagwarantowania realizacji danego celu i nie wykracza? poza to, co jest niezb?dne dla jego osi?gni?cia (zob. ww. wyrok z dnia 13 listopada 2012 r. w sprawie Test Claimants in the FII Group Litigation, pkt 55 i przytoczone tam orzecznictwo).

33 Rz?d portugalski twierdzi, ?e uregulowanie sporne w post?powaniu g?ównym ma na celu zwalczanie oszustw podatkowych i unikania opodatkowania poprzez uniemo?liwienie praktyki „niedokapitalizowania”, która polega na uszczupleniu podstawy opodatkowania podatkiem od osób prawnych w Portugalii za pomoc? p?acenia odsetek podlegaj?cych odliczeniu w miejsce zysków niepodlegaj?cych odliczeniu. Praktyka ta ma na celu arbitralny transfer dochodów podlegaj?cych opodatkowaniu z tego pa?stwa cz?onkowskiego do pa?stwa trzeciego, co skutkuje tym, ?e zysk spółki nie b?dzie opodatkowany w pa?stwie, w którym zosta? on uzyskany.

34 W tym zakresie nale?y przypomnie?, ?e zgodnie z utrwalonym orzecznictwem przepis krajowy ograniczaj?cy swobodny przep?yw kapita?u mo?e by? uzasadniony, je?eli konkretnie dotyczy on ca?kowicie sztucznych konstrukcji w oderwaniu od przyczyn ekonomicznych, których wy??cznym celem jest unikni?cie podatku, który normalnie by?by nale?ny od zysków osi?gni?tych z dzia?alno?ci wykonanej na terytorium kraju (zob. podobnie wyroki: z dnia 13 marca 2007 r. w sprawie C?524/04 Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, Zb.Orz. s. I?2107, pkt 72, 74; a tak?e z dnia 17 wrze?nia 2009 r. w sprawie C?182/08 Glaxo Wellcome, Zb.Orz. s. I?8591, pkt 89).

35 Przewiduj?c, ?e niektóre odsetki p?acone przez spółk? b?d?c? rezydentem spółce maj?cej siedzib? w pa?stwie trzecim, z któr? jest ona powi?zana w szczególny sposób, nie podlegaj? odliczeniu w celu ustalenia podlegaj?cego opodatkowaniu zysku tej spółki b?d?cej rezydentem, uregulowanie takie jak sporne w post?powaniu g?ównym jest w stanie zapobiec praktykom, których jedynym celem jest unikanie podatku, który normalnie by?by nale?ny od zysków osi?gni?tych z dzia?alno?ci wykonywanej na terytorium kraju. Z powy?szego wynika, ?e takie uregulowanie jest w?a?ciwe dla osi?gni?cia celu polegaj?cego na zwalczaniu oszustw podatkowych i unikania opodatkowania (zob. analogicznie ww. wyrok w sprawie Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, pkt 77).

36 Nale?y jednak zbada?, czy rzeczzone uregulowanie nie wykracza poza to, co jest niezb?dne do osi?gni?cia tego celu.

37 W tym zakresie z orzecznictwa Trybuna?u wynika, ?e za niewykraczaj?ce poza to, co jest konieczne dla zapobie?enia oszustwom podatkowym i unikaniu opodatkowania, mo?na uzna? uregulowanie, które oparte jest na ocenie elementów obiektywnych i mo?liwych do zweryfikowania w celu ustalenia, czy dana transakcja stanowi ca?kowicie sztuczna? konstrukcj? wy??cznie dla celów podatkowych, i które w ka?dym przypadku, w którym nie mo?na wykluczy? istnienia takiej struktury, umo?liwia podatnikowi, bez poddawania go nadmiernym utrudnieniom administracyjnym, przedstawienie dowodów dotycz?cych ewentualnych wzgl?dów handlowych, z powodu których transakcja ta zosta?a zawarta (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, pkt 82; wyrok z dnia 5 lipca 2012 r. w sprawie C?318/10 SIAT, pkt 50).

38 Podobnie ju? orzek? Trybuna?, ?e w sytuacji gdy rozpatrywana transakcja wykracza poza to, co zainteresowane spółki uzgodni?yby w warunkach pe?nej konkurencji, koryguj?cy ?rodek podatkowy – pod rygorem uznania go za nieproporcjonalny – powinien ogranicza? si? do cz??ci wykraczaj?cej poza to, co zosta?oby w takich okoliczno?ciach uzgodnione (zob. podobnie ww. wyroki: w sprawie Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, pkt 83; w sprawie SIAT, pkt 52).

39 W niniejszej sprawie prawd? jest, po pierwsze, ?e art. 61 ust. 6 CIRC przewiduje, i? poza

przypadkami zadużenia wobec spółki mającej siedzibę w państwie, na terytorium lub w regionie o wyraźnie korzystniejszym systemie podatkowym, spółka będąca rezydentem, która zacięgnęła dług uznany za nadmierny u spółki państwa trzeciego, z którą powiązana jest w szczególny sposób, może wykazać, że mogła uzyskać ten sam poziom zadużenia na podobnych warunkach u podmiotu niezależnego. Po drugie, na podstawie art. 61 ust. 1 CIRC, jedynie odsetki przypadające na cząstkę rzeczonych zadużeń uznane za nadmierne nie podlegają odliczeniu.

40 Niemniej jednak uregulowanie takie jak sporne w postępowaniu głównym wychodzi poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia jego celu.

41 W rzeczywistości bowiem, tak jak to wynika z pkt 20 niniejszego wyroku, sformułowanie „powiązane w szczególny sposób” zawarte w art. 58 ust. 4 CIRC niekoniecznie oznacza udział ze strony udzielającej pożyczki spółki państwa trzeciego w kapitale pożyczającej spółki będącej rezydentem. W braku takiego udziału ze sposobu obliczenia nadmiernego zadużenia przewidzianego w art. 61 ust. 3 CIRC wynika, że jakiekolwiek zadużenie istnieje pomiędzy tymi dwiema spółkami powinno zostać uznane za nadmierne.

42 Należy stwierdzić, że w okolicznościach opisanych w poprzedzającym punkcie uregulowanie sporne w postępowaniu głównym dotyczy również zachowa, których rzeczywistość gospodarcza nie może być kwestionowana. Rzeczone uregulowanie, zakładając w takich okolicznościach uszczuplenie podstawy opodatkowania podatkiem od osób prawnych należnym od spółki pożyczającej będącej rezydentem, wykracza poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia jego celu.

43 Ponadto w zakresie, w jakim zgodnie ze wskazówkami rzędu portugalskiego, które zostały podsumowane w pkt 21 niniejszego wyroku, uregulowanie sporne w postępowaniu głównym ma zastosowanie jedynie do sytuacji, w których spółka udzielająca pożyczki posiada bezpośrednio lub pośrednio udział w kapitale spółki pożyczającej, tak, że okoliczność, o której mowa w pkt 41 niniejszego wyroku, nie zachodzi, to jednak zgodnie z powyższym takie ograniczenie zakresu zastosowania tego rozporządzenia nie wynika z jego treści, która przeciwnie, zdaje się sugerować, że jego zakresem objęte są również szczególne powiązania pozbawione takiego udziału.

44 W tych okolicznościach rzeczone uregulowanie nie pozwala na wcześniejsze ustalenie z wystarczającą precyzją jego zakresu zastosowania. W związku z tym nie spełnia ono wymogów pewności prawa, zgodnie z którymi przepisy prawne powinny być zrozumiałe, precyzyjne i przewidywalne co do ich skutków, a w szczególności wówczas, gdy mogą wiązać się z niekorzystnymi konsekwencjami dla osób fizycznych i spółek. Tymczasem przepis, który nie spełnia wymogów pewności prawa, nie może zostać uznany za proporcjonalny do zamierzonych celów (zob. ww. wyrok w sprawie SIAT, pkt 58, 59).

45 Z uwagi na powyższe na przedstawione pytanie trzeba odpowiedzieć, iż art. 56 WE należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się on uregulowaniu państwa członkowskiego, które nie pozwala na odliczenie jako kosztu, przy obliczaniu zysku podlegającego opodatkowaniu, odsetek przypadających na cząstkę zadużenia zaklasyfikowanego jako nadmierne, płaconych przez spółkę będącą rezydentem spółce udzielającej pożyczki mającej siedzibę w państwie trzecim, z którą spółka powiązana jest w szczególny sposób, lecz które pozwala na odliczenie takich odsetek płaconych na rzecz spółki udzielającej pożyczki będącej rezydentem, z którą owa spółka pożyczająca powiązana jest w szczególny sposób, jeżeli, w przypadku braku udziału udzielającej pożyczki spółki mającej siedzibę w państwie trzecim w kapitale spółki pożyczającej będącej rezydentem, uregulowanie to zakłada jednak, że jakiekolwiek zadużenie ostatniej z wymienionych spółek stanowi udział w konstrukcji zmierzającej do uniknięcia podatku, który normalnie byłby należny, lub jeżeli uregulowanie to nie pozwala na wcześniejsze ustalenie z

wystarczająco? dokładnie jego zakresu zastosowania.

W przedmiocie kosztów

46 Dla stron postępowania głównego niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed sądem odsyłającym, do którego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż poniesione przez strony postępowania głównego, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (czwarta izba) orzeka, co następuje:

Artykuł 56 WE należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się on uregulowaniu państwa członkowskiego, które nie pozwala na odliczenie jako kosztu, przy obliczaniu zysku podlegającego opodatkowaniu, odsetek przypadających na cztery zadłużenia zaklasyfikowane jako nadmierne, płaconych przez spółkę będącą rezydentem spółce udzielającej pożyczki mającej siedzibę w państwie trzecim, z której spółka powiązana jest w szczególny sposób, lecz które pozwala na odliczenie takich odsetek płaconych na rzecz spółki udzielającej pożyczki będącej rezydentem, z której owa spółka pożyczająca powiązana jest w szczególny sposób, jeżeli, w przypadku braku udziału udzielającej pożyczki spółki mającej siedzibę w państwie trzecim w kapitale spółki pożyczającej będącej rezydentem, uregulowanie to zakłada jednak, że jakiegokolwiek zadłużenie ostatecznie z wymienionych spółek stanowi udział w konstrukcji zmierzającej do uniknięcia podatku, który normalnie byłby należny, lub jeżeli uregulowanie to nie pozwala na wcześniejsze ustalenie z wystarczająco? dokładnie jego zakresu zastosowania.

Podpisy

* Język postępowania: portugalski.