

Wydanie tymczasowe

WYROK TRYBUNAŹU (druga izba)

z dnia 31 maja 2018 r.(\*)

Odesłanie prejudycjalne – Swoboda przedsiłbiorczości – Podatek dochodowy od osób prawnych – Przepisy państwa człnkowskiego –Ustalenie podlegajłcego opodatkowaniu dochodu spółek – Korzyść przyznana nieodpłatnie przez spółkę błdcej rezydentem spółce niebłdcej rezydentem, z którł jł stosunki wzajemnej zalełności – Korekta podlegajłcych opodatkowaniu dochodów spółki błdcej rezydentem – Brak korekty podlegajłcych opodatkowaniu dochodów w przypadku identycznej korzyści przyznanej przez spółkę błdcej rezydentem innej spółce błdcej rezydentem, z którł jł takie stosunki – Ograniczenie swobody przedsiłbiorczości – Wzglłdy uzasadniajłce

W sprawie Cł382/16

majłcej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złoony przez Finanzgericht Rheinland-Pfalz (słd ds. finansów kraju zwiłzkowego Nadrenia-Palatynat, Niemcy) postanowieniem z dnia 28 czerwca 2016 r., które wpłynłło do Trybunału w dniu 11 lipca 2016 r., w postłpowaniu:

### **Hornbach-Baumarkt AG**

przeciwno

**Finanzamt Landau,**

TRYBUNAŁ (druga izba),

w składzie: M. Ilešil, prezes izby, A. Rosas (sprawozdawca), C. Toader, A. Prechal i E. Jarašilnas, słdziowie,

rzecznik generalny: M. Bobek,

sekretarz: K. Malacek, administrator,

uwzglłdniajłc pisemny etap postłpowania i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 27 wrzełnia 2017 r.,

rozwaływszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Hornbach-Baumarkt AG przez J. Uterharka oraz J. Naglera, Rechtsanwłlte,
- w imieniu rzłdu niemieckiego przez T. Henzego oraz R. Kanitza, działajłcych w charakterze pełnomocników,
- w imieniu rzłdu szwedzkiego przez A. Falk, C. Meyer-Seitz, H. Shev, U. Persson, N. Otte Widgren, F. Bergiusa oraz L. Swedenborga, działajłcych w charakterze pełnomocników,

– w imieniu Komisji Europejskiej przez W. Roelsa oraz M. Wasmeiera, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 14 grudnia 2017 r.,  
wydaje następujący

## Wyrok

1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 43 WE (obecnie art. 49 TFUE) w związku z art. 48 WE (obecnie art. 54 TFUE).

2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu pomiędzy Hornbach-Baumarkt AG a Finanzamt Landau (organem podatkowym w Landau, Niemcy) (zwanym dalej „organem podatkowym”), dotyczącego ustalenia przez ten organ podatku dochodowego od osób prawnych oraz podstawy opodatkowania podatkiem od działalności gospodarczej względem tej spółki za rok 2003.

## Ramy prawne

3 Gesetz über die Besteuerung bei Auslandsbeziehungen (Außensteuergesetz) (ustawa podatkowa dotycząca stosunków z zagranicą), w brzmieniu nadanym Gesetz zum Abbau von Steuervergünstigungen und Ausnahmeregelungen (ustawa w sprawie ograniczenia ulg podatkowych i regulacji szczególnych) z dnia 16 maja 2003 r. (BGBl. 2003 I, s. 660) (zwana dalej „AStG”) stanowi w § 1, zatytułowanym „Korekta dochodów”:

„1) Jeżeli dochody podatnika z tytułu stosunków handlowych z podmiotem powiązonym są niższe na skutek uzgodnienia w ramach takich zagranicznych stosunków handlowych warunków odbiegających od tych, jakie uzgodniłyby niezależne od siebie podmioty trzecie w takich samych lub zbliżonych okolicznościach, bez uszczerbku dla innych przepisów dochody te należy określić w taki sposób, jakby dochody te powstały w ramach warunków uzgodnionych przez niezależne podmioty trzecie.

2) Podmiot jest powiązany z podatnikiem w sytuacji gdy:

1. posiada on bezpośrednio lub pośrednio co najmniej jedną czwartą udziałów w kapitale podatnika (istotny udział) lub może wywierać, bezpośrednio bądź pośrednio, dominujący wpływ na podatnika lub też, przeciwnie, podatnik posiada istotny udział w kapitale tego podmiotu lub może wywierać na niego, bezpośrednio bądź pośrednio, dominujący wpływ, lub

2. podmiot trzeci posiada istotny udział w kapitale tego podmiotu lub podatnika lub może wywierać, na jednego lub drugiego, bezpośrednio bądź pośrednio, dominujący wpływ, lub

3. podmiot ten lub podatnik w ramach negocjowania warunków stosunków handlowych może wywierać odpowiednio na podatnika lub podmiot wpływ, który nie wynika z takich stosunków handlowych, lub też jeden z nich jest zainteresowany uzyskaniem dochodów przez drugiego.

3) W razie konieczności dokonania, zgodnie z § 162 Abgabenordnung [(ordynacji podatkowej)], oszacowania dochodów, o których mowa w ust. 1, punktem odniesienia dla tego oszacowania, w braku innego odpowiedniego punktu odniesienia, jest zwrot z kapitału zainwestowanego w przedsiębiorstwie lub marża zysku jakiej można zgodnie z doświadczeniem lub zwyczajem oczekiwać w normalnych okolicznościach.

4) Stosunek handlowy w rozumieniu ust. 1 i 2 stanowi każdy stosunek będący źródłem dochodów objęty zakresem prawa zobowiązań nieprzewidziany w statucie, a który w odniesieniu do podatnika lub podmiotu z nim powiązanego stanowi czynność działaności, do której znajdują zastosowanie §§ 13, 15, 18 lub 21 Einkommensteuergesetz [(ustawy o podatku dochodowym)] lub do której, w przypadku podmiotu powiązanego niebędącego rezydentem, znalazłaby one zastosowanie, gdyby działalność była prowadzona na terytorium Niemiec”.

### **Postępowanie główne i pytanie prejudycjalne**

4 Hornbach-Baumarkt AG jest spółką akcyjną mającą siedzibę w Niemczech, która prowadzi w tym państwie i w innych państwach członkowskich sklepy z materiałami do majsterkowania i materiałami budowlanymi.

5 W 2003 r. Hornbach-Baumarkt AG posiadała pośrednio za pośrednictwem jej spółki zależnej Hornbach International GmbH oraz niderlandzkiej spółki zależnej tej ostatniej, Hornbach Holding BV, udziały wynoszące 100% kapitału dwóch spółek z siedzibą w Niderlandach, Hornbach Real Estate Groningen BV oraz Hornbach Real Estate Wateringen BV (zwanymi dalej „zagranicznymi spółkami z grupy”).

6 Zagraniczne spółki z grupy wykazywały ujemne kapitały własne i, odpowiednio, w celu kontynuowania działalności oraz w związku z planowanymi budowlanymi ogrodnictwem zmuszone były skorzystać z kredytów bankowych w wysokości 10 057 000 EUR (Hornbach Real Estate Groningen BV) i 14 800 000 EUR (Hornbach Real Estate Wateringen BV).

7 Bank finansujący te spółki uzależnił udzielenie kredytów od przedstawienia przez Hornbach-Baumarkt AG listów gwarancyjnych.

8 W dniu 25 września 2002 r. Hornbach-Baumarkt AG wystawiła takie listy gwarancyjne i nie pobrała za nie wynagrodzenia.

9 W tych listach gwarancyjnych Hornbach-Baumarkt AG zobowiązała się wobec banku finansującego, że nie wyzbiedzie się ani nie zmieni poziomu udziałów posiadanych w Hornbach Holding BV. Zobowiązała się także do podjęcia działań gwarantujących, że Hornbach Holding BV również nie wyzbiedzie się ani nie zmieni poziomu udziałów posiadanych w zagranicznych spółkach z grupy bez poinformowania banku o tym fakcie w formie pisemnej co najmniej na trzy tygodnie przed takim wyzbyciem się lub zmianą.

10 Hornbach-Baumarkt AG zobowiązała się również nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapewnienia zagranicznym spółkom z grupy finansowania umożliwiającego im spełnienie wszystkich ciążących na nich zobowiązań. W związku z tym miała ona w razie konieczności wyposażyć te spółki w środki finansowe niezbędne dla wypełnienia przez nie zobowiązań wobec banku finansującego. Hornbach-Baumarkt AG miała ponadto zapewnić, by te środki finansowe wykorzystane zostały na spłatę zobowiązań wobec tego banku.

11 Uznawszy, że niezależne od siebie podmioty trzecie w takich samych lub zbliżonych okolicznościach uzgodniłyby wynagrodzenie za wystawione listy gwarancyjne, organ podatkowy stwierdził, że należy dokonać korekty dochodów Hornbach-Baumarkt AG, zgodnie z § 1 ust. 1 i 4 AStG, podwyższając je o kwotę odpowiadającą zakadanemu wynagrodzeniu za wystawione listy gwarancyjne oraz dokonać korekty podatku od działalności gospodarczej oraz podstawy opodatkowania podatkiem od działalności gospodarczej względem tej spółki za rok 2003. Organ podatkowy dokonał zatem korekty podlegających opodatkowaniu dochodów Hornbach-Baumarkt AG o kwoty 15 253 EUR i 22 447 EUR z tytułu gwarancji udzielonych odpowiednio na rzecz

Hornbach Real Estate Groningen BV oraz Hornbach Real Estate Wateringen BV.

12 Ponieważ odwołania wniesione na te decyzje, w których organ podatkowy dokonał tych korekt, zostały przez ten organ oddalone jako bezpodstawne, Hornbach-Baumarkt AG zaskarżyła te decyzje do Finanzgericht Rheinland-Pfalz (sądu ds. finansów kraju związkowego Nadrenia-Palatynat, Niemcy).

13 W skardze tej Hornbach-Baumarkt AG podniosła, że § 1 AStG prowadzi do dyskryminującego traktowania sytuacji transgranicznych, gdy w sytuacjach o charakterze wyjątkowo krajowym nie dokonuje się korekty dochodów w celu uwzględnienia zakazanej kwoty wynagrodzenia za udzielone spółkom zależnym gwarancje.

14 W tym kontekście podniosła ona w szczególności, że z wyroku z dnia 21 stycznia 2010 r., SGI (C-311/08, EU:C:2010:26), dotyczącego przepisu belgijskich uregulowań podatkowych analogicznego do § 1 AStG, wynika, że ten ostatni przepis powinien być uznany za ograniczenie swobody przedsiębiorcy, które jest nieuzasadnione z uwagi na jego nieproporcjonalny charakter. W przeciwieństwie bowiem do wymogów wynikających z tego wyroku § 1 AStG nie zawiera żadnego postanowienia umożliwiającego powołanie się na względy handlowe mogące uzasadnić transakcję nieodpowiadającą warunkom rynkowym. W niniejszym przypadku, zdaniem Hornbach Baumarkt AG, względy handlowe uzasadniają nieprzyznanie wynagrodzenia w zamian za będące przedmiotem postępowania głównego listy gwarancyjne. Chodzi tu raczej o środki wsparcia zastępujące podwyższenie kapitału w ramach zagranicznych spółek z grupy.

15 Organ podatkowy stwierdził natomiast, że nawet jeżeli § 1 AStG nie zawiera żadnej autonomicznej zasady dotyczącej ewentualnych względów handlowych uzasadniających zawartą transakcję, podatnik ma jednak możliwość przedstawienia dowodów co do zasadności dokonanej transakcji.

16 Zdaniem sądu odwołującego organ podatkowy uznał również, że warunki uzgodnione między Hornbach-Baumarkt AG a zagranicznymi spółkami z grupy odbiegają od warunków, jakie uzgodniłyby niezależne od siebie podmioty trzecie w takich samych lub zbliżonych okolicznościach. W przypadku wystawienia listy gwarancyjnego, ze względu na związane z nim ryzyko odpowiedzialności, niezależni partnerzy handlowi uzgodniliby bowiem wynagrodzenie należne wystawiającemu. Materialnoprawne przesłanki przewidziane w § 1 ust. 1 AStG w związku z trzecią sytuacją, o której mowa w tymże § 1 ust. 2 pkt 1, dla dokonania korekty dochodów Hornbach-Baumarkt AG, zostały w rezultacie spełnione.

17 Sąd odwołujący zastanawia się jednak nad zgodnością przepisów będących przedmiotem postępowania głównego ze swobodą przedsiębiorcy.

18 W tym zakresie sąd ten zauważa, że zgodnie z § 1 ust. 1 AStG dochody podatnika będącego rezydentem danego państwa członkowskiego, obniżone z uwagi na fakt, że uzgodnił on nierynkowe warunki transakcji, są przedmiotem korekty wyjątkowo w przypadku, gdy powołany podmiot ma siedzibę w innym państwie członkowskim. Jeżeli natomiast podmiot ten jest spółką zależną podatnika z siedzibą na terytorium państwa członkowskiego będącego miejscem siedziby tego podatnika, korekta dochodów nie następuje ani z tytułu § 1 ust. 1 AStG, ani na mocy jakiegokolwiek innego przepisu krajowego.

19 Wynika stąd, że w sytuacji gdy podatnik będący rezydentem danego państwa członkowskiego posiada udziały w spółce z siedzibą w innym państwie członkowskim, jest on traktowany mniej korzystnie niż w przypadku gdyby posiadał takie udziały w spółce będącej rezydentem. Sąd odwołujący uważa zatem, że § 1 ust. 1 AStG 2003 stanowi ograniczenie swobody przedsiębiorcy podatnika będącego rezydentem krajowym, zakazane na gruncie art.

43 WE (obecnie art. 49 TFUE).

20 W związku z tym z wyroku z dnia 21 stycznia 2010 r., SGI (C-311/08, EU:C:2010:26) wynikałoby, że przepisy państwa członkowskiego wprowadzające różnice w traktowaniu pod względem podatkowym między spółkami będącymi rezydentami w zależności od tego, czy spółki, którym przyznają one wyjątkowe i nieodpłatne korzyści i z którymi pozostają w stosunkach współzależności, mają bądź nie siedzibę w tym samym państwie członkowskim, stanowiłoby co do zasady ograniczenie swobody przedsiębiorczości, ale dotyczyłoby do realizacji uzasadnionych celów związanych z koniecznością zapewnienia wyważonego podziału wadliwa podatkowego pomiędzy państwami członkowskimi oraz zapobieganiem unikaniu opodatkowania.

21 Sąd odsyłający zastanawia się jednak, czy uregulowania takie jak § 1 ust. 1 AStG są zgodne z zasadą proporcjonalności.

22 W tym zakresie sąd ten zauważa, że zgodnie z pkt 71 wyroku z dnia 21 stycznia 2010 r., SGI (C-311/08, EU:C:2010:26) zachowanie zasady proporcjonalności wymaga, aby w przypadku gdy nie można wykluczyć, że transakcja wykracza poza to, co uzgodnione zostało na warunkach rynkowych, podatnik miał możliwość przedstawienia bez przesadnych trudności administracyjnych dowodów w zakresie ewentualnych handlowych względów, dla których transakcja ta została zawarta.

23 Sąd odsyłający zastanawia się, czy względy handlowe, jakie mogły zostać podniesione w celu uzasadnienia zawarcia transakcji na warunkach odbiegających od warunków rynkowych, mogły odnosić się do udziałów Hornbach-Baumarkt AG w zagranicznych spółkach z grupy, w szczególności w przypadku gdy spółka zależna pożyczka od banku kredyt w celu podwyższenia swego kapitału. Spółka dominująca ma bowiem ważny interes gospodarczy w tym, by jej spółka zależna osiągnęła sukces handlowy, oraz w razie potrzeby ponosi względem niej odpowiedzialność finansową.

24 Sąd ten zauważa, że jakkolwiek w prawie niemieckim podatnik ma możliwość powoływania się na powody i przedstawienia uzasadnienia, dla których warunki uzgodnione z zagraniczną spółką są zgodne z warunkami, jakie uzgodniłyby niezależne od siebie podmioty trzecie w takich samych lub zbliżonych okolicznościach, to jednak § 1 ust. 1 AStG nie przewiduje możliwości powoływania się przez podatnika na względy handlowe, które uzasadniałyby zawarcie transakcji na warunkach odbiegających od warunków rynkowych, w sytuacji gdy względy te oparte są na stosunkach wzajemnej zależności różnych zainteresowanych podmiotów.

25 W rezultacie sąd odsyłający uważa, że konieczne jest wyjaśnienie kwestii, czy przepis taki jak § 1 ust. 1 AStG, w związku z trzecim przypadkiem wskazanym w § 1 ust. 2 pkt 1, odpowiada wymogom prawa Unii dotyczącym możliwości powoływania się na względy handlowe, dla których podmioty, które łączą stosunki wzajemnej zależności, zawarły transakcję na warunkach odbiegających od warunków rynkowych.

26 W tych okolicznościach Finanzgericht Rheinland-Pfalz (sąd ds. finansowych kraju związkowego Nadrenia-Palatynat) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy art. 49 TFUE [(dawniej art. 43 WE)] w związku z art. 54 TFUE [(dawniej art. 48 WE)] stoi na przeszkodzie uregulowaniu państwa członkowskiego, na podstawie którego dochody podatnika będącego rezydentem z tytułu stosunków handlowych ze spółką mającą siedzibę w innym państwie członkowskim, w której posiada on pośrednio lub bezpośrednio co najmniej jedną czwartą udziałów i z którą uzgodnił warunki odbiegające od tych, jakie uzgodniłyby niezależne od siebie podmioty trzecie w takich samych lub zbliżonych okolicznościach, należy określić w taki

sposób, jakby dochody te powstały w ramach warunków uzgodnionych przez niezależne podmioty trzecie, jeżeli do tego rodzaju korekty nie dochodzi w odniesieniu do dochodów ze stosunków handlowych ze spółką b/d/c? rezydentem, a uregulowanie to nie zapewnia podatnikowi b/d?cemu rezydentem możliwości wykazania, że warunki zostały uzgodnione ze względu na stosunki handlowe wynikające z pozycji wspólnika w spółce z siedzibą w innym państwie członkowskim”.

### **W przedmiocie pytania prejudycjalnego**

27 Poprzez swe pytanie sąd odsyłający zastanawia się w istocie, czy art. 43 WE (obecnie art. 49 TFUE), w związku z art. 48 WE (obecnie art. 54 TFUE), należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwia się on obowiązywaniu przepisów krajowych, takich jak b/d?ce przedmiotem postępowania głównego, na mocy których dochody spółki b/d?cej rezydentem państwa członkowskiego, która przyznała spółce z siedzibą w innym państwie członkowskim, z którą jest stosunki wzajemnej zależności, korzyści na warunkach odbiegających od warunków, jakie uzgodniłyby niezależne od siebie podmioty trzecie w takich samych lub zbliżonych okolicznościach, powinny być obliczone tak jak miałyby to miejsce, gdyby zostały zastosowane warunki ustalone między takimi podmiotami trzecimi, i powinny być przedmiotem korekty, podczas gdy nie dokonuje się takiej korekty podlegających opodatkowaniu dochodów, w sytuacji gdy takie same korzyści zostały przyznane przez spółkę b/d?c? rezydentem innej spółce b/d?cej rezydentem, z którą jest stosunki wzajemnej zależności, przy czym przepisy te nie stwarzają podatnikowi b/d?cemu rezydentem możliwości wykazania, że uzgodnione warunki wynikają ze względu na stosunki handlowe związane z jego pozycją jako wspólnika w spółce nieb/d?cej rezydentem.

28 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału zakresem zastosowania swobody przedsiębiorczości objęte są przepisy krajowe mające zastosowanie wyjątkowo do posiadanych w spółce udziałów umoliwiających wywieranie rzeczywistego wpływu na jej decyzje i pozwalających na określenie jej działalności (wyroki: z dnia 13 listopada 2012 r., *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-35/11, EU:C:2012:707, pkt 91; z dnia 5 lutego 2014 r., *Hervis Sport-és Divatkereskedelmi*, C-385/12, EU:C:2014:47, pkt 22; z dnia 10 czerwca 2015 r., *X*, C-686/13, EU:C:2015:375, pkt 18).

29 Trzeci przypadek, o którym mowa w § 1 ust. 2 pkt 1 AStG, dotyczy sytuacji, w której podatnik b/d?cy rezydentem posiada udziały stanowiące co najmniej 25% kapitału spółki z siedzibą w państwie członkowskim innym niż państwo siedziby lub miejsca zamieszkania podatnika, to znaczy udziały umoliwiające podatnikowi wywieranie rzeczywistego wpływu na odnośną spółkę.

30 Jak zauważył zatem sąd odsyłający w postępowaniu głównym, Hornbach-Baumarkt AG posiadała po równo udziały stanowiące 100% kapitału zagranicznych spółek z grupy i mogła wywierać rzeczywisty wpływ na decyzje i działalność tych spółek.

31 Przepisy krajowe b/d?ce przedmiotem postępowania głównego powinny zatem zostać zbadane w świetle przepisów traktatu WE dotyczących swobody przedsiębiorczości.

32 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem przepisy traktatu dotyczące swobody przedsiębiorczości sprzeciwiają się temu, aby państwo członkowskie pochodzenia ograniczało podejmowanie działalności w innym państwie członkowskim przez spółkę utworzoną zgodnie z jego ustawodawstwem, w szczególności za pośrednictwem spółki zależnej. Ograniczenie swobody przedsiębiorczości ma miejsce w przypadku, gdy na podstawie systemu podatkowego państwa członkowskiego spółka b/d?ca rezydentem posiadająca spółkę zależną w innym państwie członkowskim jest traktowana pod względem podatkowym w mniej korzystny sposób w

porównaniu ze spółką b/d/c? rezydentem posiadając? spółkę zależną w tym samym państwie cz?onkowskim (wyrok z dnia 21 grudnia 2016 r., Masco Denmark i Damixa, C?593/14, EU:C:2016:984, pkt 24, 25).

33 W niniejszym przypadku należy stwierdzić, że jak zauważa sąd odsyłający, zgodnie z § 1 ust. 1 AStG korekta dochodów podatnika ma miejsce wyłącznie w ramach jego stosunków handlowych z zagranic?. W związku z tym dochody podatnika b/d?cego rezydentem, obniżone z uwagi na fakt, że uzgodnił on z powołanym podmiotem nierynkowe warunki, są przedmiotem korekty, wyłącznie jeżeli podmiot ten ma siedzibę poza terytorium krajowym. Jeżeli natomiast podmiot powołany jest spółką zależną podatnika z siedzibą na terytorium krajowym, to do korekty dochodów nie dochodzi ani na podstawie § 1 ust. 1 AStG, ani na mocy żadnego innego przepisu krajowego.

34 Wynika stąd, że spółka dominująca b/d?ca rezydentem w danym państwie cz?onkowskim, która posiada udział w spółce z siedzibą w innym państwie cz?onkowskim jest traktowana mniej korzystnie niż byłaby traktowana, w przypadku gdyby posiadała udział w spółce b/d?cej rezydentem krajowym.

35 Zgodnie z orzecznictwem Trybunału takie odmienne traktowanie podatników pod względem podatkowym w zależności od miejsca siedziby spółek, z którymi uzgodniono warunki odbiegające od warunków rynkowych, może stanowić ograniczenie swobody przedsiębiorczości w rozumieniu art. 43 WE. Podatnik może bowiem zrezygnować z nabycia, utworzenia lub utrzymania spółki zależnej w państwie cz?onkowskim innym niż państwo cz?onkowskie jego miejsca zamieszkania lub siedziby lub z nabycia czy utrzymania znacznego udziału w spółce mającej siedzibę w tym innym państwie cz?onkowskim ze względu na obciążenie podatkowe związane z uzgodnieniem warunków odbiegających od warunków rynkowych w przypadku sytuacji o charakterze transgranicznym (zob. podobnie wyrok z dnia 21 stycznia 2010, SGI, C?311/08, EU:C:2010:26, pkt 44).

36 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału środek podatkowy mogący ograniczać swobodę przedsiębiorczości ustanowiony w art. 43 WE może być dopuszczony tylko w przypadku, gdy dotyczy on sytuacji, które nie są obiektywnie porównywalne, lub jeżeli jest on uzasadniony nadrzędnymi względami interesu ogólnego uznanymi w prawie Unii. Powinien on ponadto w takiej sytuacji być odpowiedni dla zagwarantowania realizacji założonego celu i nie powinien wykraczać poza to, co jest niezbędne dla jego osiągnięcia (zob. podobnie wyroki: z dnia 29 listopada 2011 r., National Grid Indus, C?371/10, EU:C:2011:785, pkt 42; z dnia 17 grudnia 2015 r., Timac Agro Deutschland, C?388/14, EU:C:2015:829, pkt 26, 29; z dnia 21 grudnia 2016 r., Masco Denmark i Damixa, C?593/14, EU:C:2016:984, pkt 28; a także z dnia 23 listopada 2017 r., A, C?292/16, EU:C:2017:888, pkt 28).

37 Z przepisów krajowych b/d?cych przedmiotem postępowania głównego wynika również, że obciążają one podatkiem spółkę b/d?c? rezydentem, w sytuacji gdy przyznaje ona powołanej z nią spółce nieb/d?cej rezydentem korzyści na warunkach odbiegających od warunków rynkowych, tak że podlegający opodatkowaniu dochód spółki b/d?cej rezydentem może w odnośnym państwie cz?onkowskim ulec obniżeniu.

38 Zdaniem rzędu niemieckiego podatkowa sytuacja spółki dominującej b/d?cej rezydentem jest różna w zależności od tego, czy utrzymuje ona stosunki handlowe ze spółką zależną nieb/d?c? rezydentem, czy też ze spółką zależną b/d?c? rezydentem, w zakresie w jakim Republika Federalna Niemiec nie ma uprawnień do opodatkowania dochodów spółek zależnych z siedzibą w innych państwach cz?onkowskich.

39 Rząd ten twierdzi, że brak korekty dochodów, jakie spółka dominująca uzyskuje z tytułu jej

stosunków handlowych w sytuacji czysto wewnętrznej, jest uzasadniony faktem, że korzyść przyznana nieodpowiednie przez tę spółkę dominującą zwiększa dochody jej spółki zależnej, a Republika Federalna Niemiec opodatkowuje zarówno dochody spółki dominującej, jak i zyski jej spółki zależnej z siedziby w kraju. Inaczej jest w przypadku spółek zależnych Hornbach-Baumarkt AG mających siedziby w Niderlandach, gdy Republika Federalna Niemiec nie może opodatkować ich zysków.

40 Należy stwierdzić, że argumenty te nie odnoszą się do kwestii porównywalności sytuacji, ale do uzasadnienia opartego na zasadzie terytorialności, zgodnie z którą państwa członkowskie mają prawo do opodatkowywania dochodów osiagniętych na swoim terytorium, lub związanego z konieczności zachowania rozdziału kompetencji podatkowych między państwami członkowskimi, stanowiąc słuźny cel uznawany przez Trybunał (zob. podobnie wyroki: z dnia 17 lipca 2014 r., *Nordea Bank Danmark*, C-48/13, EU:C:2014:2087, pkt 27; z dnia 23 listopada 2017 r., A, C-292/16, EU:C:2017:888, pkt 30).

41 W tym zakresie należy zauważyć, że zarówno rząd niemiecki, jak i rząd szwedzki twierdzą, iż przepisy takie jak będnęce przedmiotem postępowania głównego są uzasadnione nadrzędnym względem interesu ogólnego związonym z ochroną zrównoważonego rozdziału władztwa podatkowego pomiędzy państwami członkowskimi, i powołują się w związku z tym na wyrok z dnia 21 stycznia 2010 r., SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, pkt 69).

42 Rząd szwedzki podkreśla ponadto, że zasady prawa niemieckiego wdrażające zasadę pełnej konkurencji są naturalną konsekwencją zasady terytorialności i są konieczne w celu zachowania zarówno tejże zasady, jak i zrównoważonego rozdziału władztwa podatkowego.

43 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem konieczność zapewnienia zrównoważonego rozdziału władztwa podatkowego pomiędzy państwami członkowskimi może uzasadniać różnicę w traktowaniu wówczas, gdy badane przepisy zmierzają do zapobieżenia zachowaniom, które mogłyby zagrażać prawu państwa członkowskiego do wykonywania przysługującej mu kompetencji podatkowej w związku z działalnością wykonywaną na jego terytorium (wyroki: z dnia 29 marca 2007 r., *Rewe Zentralfinanz*, C-347/04, EU:C:2007:194, pkt 42; z dnia 18 lipca 2007 r., *Oy AA*, C-231/05, EU:C:2007:439, pkt 54; z dnia 21 lutego 2013 r., A, C-123/11, EU:C:2013:84, pkt 41; a także z dnia 21 grudnia 2016 r., *Masco Denmark i Damixa*, C-593/14, EU:C:2016:984, pkt 35).

44 Trybunał uznaje, że umoliwienie spółkom będącym rezydentem państwa członkowskiego przenoszenia ich zysków w postaci wyjątkowych lub nieodpowiednich korzyści na spółki, z którymi pozostają w stosunkach współzależności i które mają siedziby w innych państwach członkowskich, zagrażałoby naruszeniem zrównoważonego rozdziału władztwa podatkowego pomiędzy państwami członkowskimi, a przepisy państwa członkowskiego przewidujące opodatkowanie takich korzyści u będącej rezydentem, która przyznaje te korzyści spółce mającej siedzibę w innym państwie członkowskim, pozwalałoby temu pierwszemu państwu członkowskiemu na wykonywanie swych kompetencji podatkowych w odniesieniu do działalności prowadzonej na jego obszarze. Trybunał dodaje, że takie przepisy krajowe realizują praworzędne cele zgodne z traktatem i należą do nadrzędnych względów interesu ogólnego oraz są właściwe dla zapewnienia realizacji tych celów (zob. podobnie wyrok z dnia 21 stycznia 2010 r., SGI, C-311/08, EU:C:2010:26, pkt 63, 64, 69).

45 Jest tak również w odniesieniu do przepisów krajowych będących przedmiotem postępowania głównego, gdy fakt, iż spółka będąca rezydentem przyznaje spółce z siedzibą w innym państwie członkowskim, z którą jest w stosunku wzajemnej zależności, korzyści na warunkach odbiegających od warunków rynkowych, może pozwolić spółce będącej rezydentem na przeniesienie zysków w formie korzyści do spółki zależnej niebędącej rezydentem i prowadzi



do naruszenia zrównoważonego rozdziału w podatku.

46 Wprowadzając opodatkowanie spółki będącej rezydentem danego państwa członkowskiego w oparciu o kwotę zakazanego wynagrodzenia za korzyść przyznaną nieodpłatnie spółce z siedzibą w innym państwie członkowskim, z którą ma ona stosunki wzajemnej zależności, w celu uwzględnienia kwoty, jaką spółka dominująca powinna była zadeklarować z tytułu jej zysków, gdyby transakcja została zawarta na warunkach rynkowych, przepisy będące przedmiotem postępowania umocniają w pierwszym z państw członkowskich wykonywanie kompetencji podatkowej w związku z działalnością prowadzoną na jego terytorium.

47 Należy zatem uznać, że przepisy krajowe takie jak będące przedmiotem postępowania gównego, mające zapobiec temu, aby zyski uzyskane w danym państwie członkowskim były przenoszone bez opodatkowania poza jurysdykcję podatkową tego państwa za pośrednictwem transakcji nieodpowiadających warunkom rynkowym, są odpowiednie do zagwarantowania zachowania zrównoważonego rozdziału w podatku między państwami członkowskimi.

48 Należy wreszcie zbadać kwestię, czy takie przepisy krajowe nie wykraczają poza to, co jest niezbędnym do realizacji założonego celu.

49 W tym względzie Trybunał uznał, że przepisy krajowe, które oparte są na analizie elementów obiektywnych i możliwych do zweryfikowania w celu ustalenia, czy dana transakcja stanowi czysto sztuczną strukturę wyznaczoną dla celów podatkowych, powinny być uznane za niewykraczające ponad to, co jest niezbędnym do realizacji celów w zakresie potrzeby ochrony wyważonego podziału w podatku pomiędzy państwami członkowskimi oraz zapobiegania unikaniu opodatkowania, gdy w pierwszej kolejności w każdym przypadku gdy istnieje podejrzenie, że transakcja wykracza poza to, co zainteresowane spółki uzgodniłyby w warunkach pełnej konkurencji, podatnik może bez przesadnych trudności administracyjnych przedstawić dowody w zakresie ewentualnych handlowych względów, dla których transakcja została zawarta; a w drugiej kolejności – korygujący środek podatkowy ogranicza się w danym przypadku do części, która wykracza poza to, co uzgodniono by między zainteresowanymi spółkami na warunkach rynkowych (wyrok Trybunału z dnia 21 stycznia 2010 r., SGI, C-311/08, EU:C:2010:26, pkt 71, 72).

50 Co się tyczy przede wszystkim obliczenia kwoty korekty dochodów danego podatnika należy zauważyć, że kwestia ta przed Trybunałem nie była przedmiotem sporu między Hornbach-Baumarkt AG a organem podatkowym. Należy jednak stwierdzić, że rzęd niemiecki podniósł, co nie zostało zakwestionowane, że korekty dokonywane przez niemieckie organy podatkowe w sytuacjach takich jak będąca przedmiotem postępowania gównego są ograniczone do części, która wykracza poza to, co zostało ustalane w braku sytuacji współzależności między zainteresowanymi spółkami.

51 Co się tyczy następnie możliwości przedstawienia przez podatnika dowodów wskazujących ewentualne handlowe względy uzasadniające zawarcie transakcji na nierynkowych warunkach, pytanie sędzi odsyłaćego dotyczy w szczególności kwestii, czy te względy handlowe mogą obejmować względy ekonomiczne wynikające z samego występowania wzajemnych powiązań między spółkami dominującą a jej spółkami zależnymi z innego państwa członkowskiego.

52 Zdaniem rzędu niemieckiego pojęcie „względów handlowych” w rozumieniu pkt 71 wyroku z dnia 21 stycznia 2010 r., SGI (C-311/08, EU:C:2010:26) powinno być interpretowane w świetle zasady wolnej konkurencji, która wyklucza ze swej natury, aby dopuszczone zostały względy gospodarcze wynikające z pozycji współnika. W celu dokonania oceny proporcjonalności przepisów takich jak będące przedmiotem postępowania gównego należy ponadto dokonać

rozdzielenia między z jednej strony możliwością powołania się na względy, dla których przyznane zostały nieodpłatnie korzyści między spółkami należącymi do jednej grupy, a z drugiej strony badaniem zasadności tychże względów. Hornbach-Baumarkt AG miała możliwość przedstawienia powodów swej decyzji, ale nie mogła wykazać, że wynikały one ze względów gospodarczych.

53 Tymczasem w niniejszej sprawie z postanowienia odsyłającego wynika, że zagraniczne spółki z grupy wykazywały ujemny kapitał własny, a bank uzależnił udzielenie kredytów koniecznych do prowadzenia i rozszerzenia działalności tych spółek od wystawienia przez Hornbach-Baumarkt AG listu gwarancyjnego.

54 W sytuacji gdy rozwój działalności spółki zależnej uzależniony jest od pozyskania nowego kapitału, z uwagi na to, że jej kapitał własny jest niewystarczający, względy handlowe mogą uzasadniać uruchomienie środków przez spółkę dominującą na warunkach odbiegających od warunków rynkowych.

55 Ponadto należy zauważyć, że w niniejszej sprawie nie powołano się na jakiegokolwiek ryzyko unikania opodatkowania. Rząd niemiecki nie wskazał ani na występowanie czysto sztucznej struktury w rozumieniu orzecznictwa Trybunału, ani na choćby skrajnie obniżenie jej podlegającego opodatkowaniu w Niemczech dochodu.

56 W tej sytuacji mogą występować względy handlowe związane z zajmowanymi przez Hornbach-Baumarkt AG pozycjami wspólnika w zagranicznych spółkach grupy, które uzasadniałyby zawarcie transakcji będącej przedmiotem postępowania głównego na warunkach odbiegających od warunków rynkowych. Ponieważ prowadzenie i dalszy rozwój działalności tychże zagranicznych spółek zależnych, w braku dostatecznego kapitału własnego, od wniesienia kapitału, nieodpłatne wystawienie listów gwarancyjnych, w sytuacji gdy niezależne od siebie spółki uzgodniłyby za takie gwarancje wynagrodzenie, może być uzasadnione własnym gospodarczym interesem, jaki ma Hornbach Baumarkt AG w sukcesie handlowym zagranicznych spółek grupy, w którym uczestniczy ona poprzez wypłatę zysków, oraz pewną odpowiedzialnością za finansowanie tych spółek, jak i ponosi jako wspólnik skutki w postępowaniu głównym.

57 W niniejszym przypadku do sądu odsyłającego należy zbadać, czy Hornbach-Baumarkt AG, bez poddawania jej nadmiernym utrudnieniom administracyjnym, umożliwiono przedstawienie dowodów dotyczących ewentualnych względów handlowych, z powodu których transakcje te zostały zawarte, nie wykluczając przy tym, aby możliwe było uwzględnienie w tym zakresie względów gospodarczych wynikających z jej pozycji wspólnika w spółce niebędącej rezydentem.

58 W związku z tym należy uznać, że przepisy takie jak będące przedmiotem postępowania głównego nie wykraczają poza to, co jest konieczne do realizacji założeń w nich celu, w sytuacji gdy organy odpowiedzialne za stosowanie tych przepisów stwarzają podatnikowi będącemu rezydentem możliwość wykazania, że uzgodnione warunki zostały przyjęte ze względów handlowych, które mogą wynikać z jego pozycji wspólnika w spółce niebędącej rezydentem, czego ocena należy do sądu odsyłającego.

59 W świetle ogólnych powyższych rozważań na przedłożone Trybunałowi pytanie należy odpowiedzieć, że art. 43 WE, w związku z art. 48 WE, należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się on co do zasady obowiązywaniu przepisów krajowych takich jak będące przedmiotem postępowania głównego, na mocy których dochody spółki będącej rezydentem państwa członkowskiego, która przyznała spółce z siedzibą w innym państwie członkowskim, z którą ma stosunki wzajemnej zależności, korzyści na warunkach odbiegających od warunków, jakie uzgodniłyby niezależne od siebie podmioty trzecie w takich samych lub

zbliżonych okolicznościach, powinny być obliczone tak jak miałyby to miejsce, gdyby zostały zastosowane warunki ustalone między takimi podmiotami trzecimi, oraz powinny być przedmiotem korekty, podczas gdy nie dokonuje się takiej korekty podlegających opodatkowaniu dochodów, w sytuacji gdy takie same korzyści zostały przyznane przez spółkę bądź rezydentem innej spółce bądź rezydentem, z którą jest stosunki wzajemnej zależności. Do sądu krajowego należy jednak zbadanie, czy przepisy bądź przedmiotem postępowania głównego stwarzają podatnikowi bądź rezydentem możliwość wykazania, że uzgodnione warunki zostały przyjęte ze względów handlowych, wynikających z jego pozycji wspólnika w spółce niemieckiej rezydentem.

### **W przedmiocie kosztów**

60 Dla stron w postępowaniu głównym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed sądem odsyłającym, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż koszty stron w postępowaniu głównym, nie podlegają zwrotowi.

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

**Artykuł 43 WE (obecnie art. 49 TFUE), w związku z art. 48 WE (obecnie art. 54 TFUE), należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się on co do zasady obowiązywaniu przepisów krajowych takich jak bądź przedmiotem postępowania głównego, na mocy których dochody spółki niemieckiej rezydentem państwa członkowskiego, która przyznała spółce z siedzibą w innym państwie członkowskim, z którą jest stosunki wzajemnej zależności, korzyści na warunkach odbiegających od warunków, jakie uzgodniłyby niezależne od siebie podmioty trzecie w takich samych lub zbliżonych okolicznościach, powinny być obliczone tak jak miałyby to miejsce, gdyby zostały zastosowane warunki ustalone między takimi podmiotami trzecimi, oraz powinny być przedmiotem korekty, podczas gdy nie dokonuje się takiej korekty podlegających opodatkowaniu dochodów, w sytuacji gdy takie same korzyści zostały przyznane przez spółkę bądź rezydentem innej spółce niemieckiej rezydentem, z którą jest stosunki wzajemnej zależności. Do sądu krajowego należy jednak zbadanie, czy przepisy bądź przedmiotem postępowania głównego stwarzają podatnikowi bądź rezydentem możliwość wykazania, że uzgodnione warunki zostały przyjęte ze względów handlowych, wynikających z jego pozycji wspólnika w spółce niemieckiej rezydentem.**

Podpisy

\* Język postępowania: niemiecki.