

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO

JULIANE KOKOTT

przedstawiona w dniu 26 maja 2005 r.¹

I — Wprowadzenie

skie mogłyby opodatkować taką czynność w inny sposób.

1. Przed Corte Suprema di Cassazione (Włochy) toczy się spór dotyczący zgodności z prawem podatku od czynności podjętej w zakresie prawa spółek, którą można określić mianem „odwrotnego” połączenia dwóch spółek akcyjnych. W ramach tego połączenia spółka dominująca, posiadająca 100% akcji spółki od niej zależnej, zostaje przejęta przez tę spółkę. W drodze wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym Corte Suprema di Cassazione zmierza do ustalenia, czy taka czynność objęta jest zakresem zastosowania dyrektywy Rady 69/335/EWG z dnia 17 lipca 1969 r. dotyczącej podatków pośrednich od gromadzenia kapitału² (zwanej dalej „dyrektywą 69/335”). W przypadku odpowiedzi twierdzącej czynność ta podlegałaby jedynie opodatkowaniu podatkiem kapitałowym zharmonizowanym na mocy dyrektyw. Z kolei w przypadku gdyby dyrektywa ta nie miała zastosowania do odwrotnych połączeń, państwa członkow-

II — Ramy prawne

A — Uregulowania wspólnotowe

2. Zgodnie z art. 1 dyrektywy 69/335 państwa członkowskie naliczają ujednolicony podatek — podatek kapitałowy — od wkładu kapitałowego do spółek kapitałowych.

3. Artykuł 4 dyrektywy 69/335 określa następujące rodzaje czynności podlegających opodatkowaniu:

„1. Podatkowi kapitałowemu podlegają następujące operacje:

[...]

1 — Język oryginału: niemiecki.

2 — Dz.U. L 249, str. 25; ostatnio zmieniona Aktem dotyczącym warunków przystąpienia Republiki Czeskiej, Republiki Estońskiej, Republiki Cypryjskiej, Republiki Łotewskiej, Republiki Litewskiej, Republiki Węgierskiej, Republiki Malty, Rzeczypospolitej Polskiej, Republiki Słowenii i Republiki Słowackiej oraz dostosowań w traktatach stanowiących podstawę Unii Europejskiej — załącznik II: Wykaz, o którym mowa w art. 20 Aktu Przystąpienia (Dz.U. 2003, L 236, str. 555).

- c) podwyższenie kapitału spółki kapitałowej poprzez wniesienie wkładu jakiegokolwiek rodzaju; [...].”

- d) podwyższenie majątku spółki kapitałowej poprzez wniesienie wkładów jakiegokolwiek rodzaju, jednak nie w zamian za udział w kapitale lub majątku spółki, lecz za prawa tego samego rodzaju jak te, które posiadają członkowie [wspólnicy lub akcjonariusze], takie jak prawo głosu, udział w zyskach lub udział w podziale nadwyżki powstałej po likwidacji spółki;

[...].

2. Następujące operacje mogą, w zakresie, w jakim były opodatkowane stawką 1% w dniu 1 lipca 1984 r., nadal podlegać podatkowi kapitałowemu:

[...]

- b) zwiększenie majątku spółki kapitałowej w drodze świadczenia usług przez członka [wspólnika lub akcjonariusza], które nie powodują zwiększenia kapitału spółki, ale powodują zmianę w prawach spółki bądź mogą zwiększyć wartość udziałów spółki;

4. Zgodnie z art. 7 dyrektywy 69/335 państwa członkowskie zwalniają z podatku czynności, które w dniu 1 lipca 1984 r. były zwolnione z podatku zgodnie z obowiązującymi na ten dzień przepisami lub podlegały podatkowi kapitałowemu o zmniejszonej stawce w wysokości 0,5%³. Zgodnie z tym przepisem zwolnienie stosuje się do wniesienia co najmniej 75% udziałów lub akcji spółki kapitałowej do spółki kapitałowej nowo zawiązywanej lub już istniejącej, przy czym w zamian za ten wkład przyznane zostaną udziały lub akcje spółki (dominującej).

5. Artykuł 10 dyrektywy 69/335 stanowi ponadto:

„Oprócz podatku kapitałowego, państwa członkowskie nie naliczają żadnych podatków w odniesieniu do spółek, przedsię-

3 — W związku z tym rodzaj zwolnionych operacji wynika z art. 1 ust. 1 w brzmieniu nadanym dyrektywami 73/79/EWG (Dz.U. 1973, L 103, str. 13), oraz 73/80/EWG (Dz.U. 1973, L 103, str. 15), który stanowił, co następuje:
„bb) stawka podatku kapitałowego może zostać zmniejszona o 50% lub więcej, jeżeli spółka kapitałowa będąca w trakcie tworzenia lub już istniejąca otrzyma udziały o wartości odpowiadającej co najmniej 75% wartości kapitału posiadanego wcześniej przez inną spółkę kapitałową. [...] Zmniejszenie zależy od następujących warunków:
— rekompensatą za wkłady będzie wyłącznie przyznanie udziałów w spółce lub spółkach [...]”.

biorstw, stowarzyszeń lub osób prawnych prowadzących działalność skierowaną na zysk w odniesieniu do:

- a) operacji, o których mowa w art. 4;
- b) wkładów, pożyczek lub świadczenia usług w ramach operacji, których mowa w art. 4;
- c) rejestracji lub jakiegokolwiek innych formalności wymaganych przed rozpoczęciem prowadzenia działalności gospodarczej, które mogą być wymagane od spółek, przedsiębiorstw, stowarzyszeń lub osób prawnych prowadzących działalność skierowaną na zysk ze względu na ich formę prawną”.

B — Prawo włoskie

6. Zgodnie z informacjami przesłanymi przez sąd krajowy w okresie właściwym dla okoliczności sprawy zastosowanie znajdował art. 4 ust. 1 lit. b) pierwszej części tabeli zawartej w załączniku do dekretu Prezydenta Republiki nr 131 z dnia 26 kwietnia 1986 r., w brzmieniu obowiązującym przed zmianą art. 10 dekretu z mocą ustawy nr 323 z dnia 20 czerwca 1996 r. (przejętego przez ustawę nr 425 z dnia 8 sierpnia 1996 r.).

7. Zgodnie z powyższym przepisem łączenie spółek każdego rodzaju objęte było podatkiem kapitałowym w wysokości 1% wartości majątku spółki połączonej lub przejętej. Podstawa wymiaru podatku wynika przy tym — podobnie jak cywilnoprawne warunki łączenia spółek — z treści art. 2501 i nn. Codice Civile, których dokładne brzmienie nie ma jednakże znaczenia dla niniejszego postępowania.

III — Stan faktyczny, postępowanie i pytanie prejudycjalne

8. Aro Tubi Trafilerie SpA, skarżąca w postępowaniu przed sądem krajowym (zwana dalej „Aro Tubi”), jest spółką akcyjną prawa włoskiego. Aro Tubi była w 100% zależna od spółki Fratelli Gaggini SpA (zwanej dalej „Fratelli Gaggini”). Ponadto sama Aro Tubi posiadała stu procentowy udział w spółce Aro Tubi Estrusi e Profilati SpA. Aktem notarialnym z dnia 19 grudnia 1995 r. spółka Aro Tubi przejęła zarówno spółkę względem niej dominującą, Fratelli Gaggini, jak i spółkę od niej zależną, Aro Tubi Estrusi e Profilati SpA. Akcje przejmowanej spółki Fratelli Gaggini utraciły byt; w zamian jej akcjonariusze otrzymali akcje spółki przejmującej Aro Tubi, które dotychczas były w posiadaniu spółki względem niej dominującej, Fratelli Gaggini. Zatem w konsekwencji, w drodze odwrotnego połączenia, osoby fizyczne będące początkowo, jedynie poprzez spółkę Fratelli Gaggini, pośrednimi udziałowcami spółki Aro

Tubi, nabyły bezpośredni udział w spółce Aro Tubi, bowiem przestała istnieć spółka pośrednia.

wartości majątku spółki przejmowanej w przypadku czynności przejęcia spółki przez inną spółkę, której wszystkie udziały lub akcje były dotychczas w posiadaniu spółki przejmowanej, jest zgodne z przepisami dyrektywy 69/335.

9. Z tytułu ujawnienia tego połączenia w rejestrze publicznym naliczona została opłata za wpis do rejestru w wysokości 1% wartości majątku przejętych przez Aro Tubi spółek Aro Tubi Estrusi e Profilati SpA oraz Fratelli Gaggini.

12. W ramach postępowania przed Trybunałem skarżąca w postępowaniu przed sądem krajowym, rząd włoski oraz Komisja przedstawiły swoje uwagi na piśmie.

10. Po uiszczeniu tej opłaty Aro Tubi złożyła wniosek o zwrot zapłaconej kwoty, powołując się na jej niezgodność z postanowieniami dyrektywy 69/335. Wobec milczącego oddalenia wniosku przez organ podatkowy Aro Tubi wniosła skargę do Commissione Tributaria Provinciale di Milano, który skargę uwzględnił, jednak na skutek odwołania wniesionego przez organ skarbowy, wyrok w sprawie został uchylony przez Commissione Tributaria Regionale della Lombardia.

IV — Argumenty uczestników postępowania

13. Rząd włoski powołuje się zasadniczo na wyrok w sprawie AGAS⁵. Wynika z niego, że dyrektywa 69/335 nie znajduje zastosowania do połączenia dwóch spółek wówczas, gdy spółka zależna, której udziały w całości posiada spółka względem niej dominująca, zostanie przejęta przez spółkę dominującą (tak zwane połączenie nieprawidłowe).

11. Postanowieniem z dnia 6 listopada 2003 r. Corte Suprema di Cassazione, rozstrzygający w niniejszej sprawie na skutek skargi kasacyjnej wniesionej od tego ostatniego wyroku, zwrócił się do Trybunału z pytaniem prejudycjalnym, za pomocą którego zmierza do ustalenia⁴, czy naliczenie opłaty za wpis do rejestru w wysokości 1%

14. Zdaniem rządu włoskiego niniejszy przypadek połączenia odwrotnego — czyli przejęcia spółki dominującej przez spółkę zależną — nie może być traktowany odmiennie od połączenia nieprawidłowego, a zatem rów-

4 — Postanowienie nie zawiera pytania sformułowanego dokładnie w ten sposób.

5 — Wyrok z dnia 27 października 1998 r. w sprawie C-152/97 AGAS, Rec. str. I-6553.

niez ono nie jest objęte zakresem zastosowania dyrektywy. Ponadto oceniając sprawę całościowo, połączenie nie prowadzi także do zwiększenia potencjału ekonomicznego spółki, który to argument Trybunał uznał z kolei za kluczowy dla przyjęcia możliwości zastosowania dyrektywy 69/335.

15. Aro Tubi stoi z kolei na stanowisku, że pobieranie opłaty za wpis do rejestru w niniejszej sprawie jest sprzeczne z przepisami dyrektywy 69/335. Stwierdzeń zawartych w wyroku AGAS⁶ nie można stosować odpowiednio w niniejszej sprawie, bowiem przy uwzględnieniu różnic natury ekonomicznej i prawnej, połączenie odwrotne należy traktować odmiennie od połączenia nieprawidłowego.

16. Aro Tubi podnosi ponadto, że połączenie odwrotne prowadzi do zwiększenia potencjału ekonomicznego spółki zależnej, ponieważ przejmuje ona majątek spółki względem niej dominującej. Stąd dyrektywa 69/335 znajduje tu zastosowanie, a nią samą, Aro Tubi, należy zwolnić z podatku zgodnie z art. 7 dyrektywy 69/335.

17. Komisja zajmuje z kolei pośrednie stanowisko. Zgodnie z nim połączenie odwrotne jedynie wówczas można postawić na równi z połączeniem nieprawidłowym, a tym samym wyłączyć z zakresu zastosowania dyrektywy 69/335, gdy nie prowadzi do zwiększenia potencjału ekonomicznego

spółki przejmującej. Zdaniem Komisji taka sytuacja istnieje tylko wtedy, gdy spółka przejmowana nie posiada żadnych udziałów lub akcji poza udziałami lub akcjami w spółce przejmującej, tak jak ma to miejsce w postępowaniu przed sądem krajowym.

18. Z kolei — jak argumentuje dalej Komisja — w sytuacji, gdy spółka przejmowana posiada udziały w innych spółkach, potencjał ekonomiczny spółki przejmującej ulega powiększeniu wskutek przejęcia, a zatem nie są spełnione przesłanki dopuszczające wyjątek od zasady, wynikające z linii orzeczniczej wytyczonej przez wyrok w sprawie AGAS⁷ — której to z kolei nie należy przyjmować bezkrytycznie. W takim przypadku dyrektywa 69/335 znajduje więc zastosowanie.

V — Ocena prawna

19. Sąd krajowy zmierza zasadniczo do ustalenia, czy przepisy dyrektywy 69/335 sprzeciwiają się pobieraniu opłaty za wpis do rejestru w przypadku połączenia „odwrotnego”, w ramach którego spółka przejmowana posiada wszystkie udziały lub akcje spółki przejmującej.

6 — Wyżej wymieniony w przypisie 5.

7 — Wyżej wymieniony w przypisie 5.

A — W przedmiocie przesłanek stosowania dyrektywy 69/335

20. W swoim dotychczasowym orzecznictwie Trybunał sformułował jednoznaczne wymogi dotyczące przesłanek zastosowania dyrektywy 69/335. W wyroku *Bautiaa* oraz *Société française maritime*⁸ stwierdził on:

„W celu dokonania kwalifikacji omawianego podatku na gruncie dyrektywy 69/335 oraz w celu dokonania oceny jego zgodności z tą dyrektywą, w szczególności w odniesieniu do mających zastosowanie stawek opodatkowania, należy na wstępie zbadać, czy czynności, takie jak te będące podstawą pobrania podatku kapitałowego w ramach obu postępowań przed sądem krajowym, objęte są zakresem zastosowania dyrektywy 69/335, a następnie, czy można dokonać ich kwalifikacji prawnej na gruncie tej dyrektywy”.

21. Podobnie Trybunał rozstrzygnął w wyroku w sprawie *AGAS*⁹:

„W konsekwencji warunkiem zastosowania dyrektywy do omawianej czynności jest możliwość objęcia jej zakresem jednego z przypadków określonych w art. 4, na który powołuje się art. 10 lit. a) oraz b) dyrektywy”.

22. W związku z powyższym przepisy dyrektywy 69/335 należy stosować w następującej kolejności. Punktem wyjścia jest wynikający z art. 10 zakaz naliczania podatków innych niż ujednolicony podatek kapitałowy. Jednak zgodnie z lit. a) i b) tego przepisu zakaz ten dotyczy jedynie podatków od czynności wymienionych w art. 4 dyrektywy.

23. Zgodnie z powyższym należy w pierwszej kolejności zbadać, czy dana czynność odpowiada jednemu z przypadków określonych w art. 4, a w związku z tym, czy możliwe jest stosowanie do niej przepisów dyrektywy, a w szczególności zakazu wynikającego z art. 10. Dopiero wówczas będzie można ustalić, w oparciu o pozostałe przepisy dyrektywy, czy czynność ta jest ewentualnie zwolniona z opodatkowania zharmonizowanym podatkiem kapitałowym¹⁰.

24. Wbrew temu, co zdaje się twierdzić skarżąca w postępowaniu przed sądem krajowym, sam fakt spełnienia przesłanek zwolnienia z podatku kapitałowego, zgodnie z art. 7 ust. 1 lit. b) dyrektywy 69/335, nie pozwala wnioskować, że w przypadku czynności, takiej jak omawiane odwrotne połączenie, nie można pobierać jakiegokolwiek podatku. Przeciwnie, konieczne jest najpierw zbadanie, czy dyrektywa znajduje w ogóle zastosowanie, co należy oceniać jedynie w oparciu o art. 10 w związku z art. 4.

8 — Wyrok z dnia 13 lutego 1996 r. w sprawach połączonych C-197/94 i C-252/94 *Bautiaa i Société française maritime*, Rec. str. I-505, pkt 31.

9 — Wyżej wymieniony w przypisie 5, pkt 21.

10 — W przedmiocie takiej kolejności badania dotyczącego spełnienia przesłanek, por. także opinia rzecznika generalnego G. Cosmasa z dnia 25 czerwca 1998 r. w sprawie C-152/97 *AGAS*, Rec. str. I-6553, I-6555, pkt 43.

Dyrektywa nie sprzeciwia się pobieraniu innego, niezharmonizowanego podatku, w przypadku gdy dana czynność nie jest objęta zakresem zastosowania dyrektywy. W takim przypadku nie stosuje się także zwolnienia wynikającego z art. 7.

B — Zakres zastosowania dyrektywy 69/335

25. Przesłanką stosowania zakazów określonych w art. 10 lit. a) i b) jest, aby rozważana tu czynność odpowiadała jednemu z przypadków określonych w art. 4.

1. Artykuł 4 ust. 1 lit. c) dyrektywy 69/335

26. Okoliczności faktyczne leżące u podstaw postępowania przed sądem krajowym mogłyby w pierwszej kolejności spełniać przesłanki art. 4 ust. 1 lit. c) dyrektywy 69/335.

a) Spełnienie przesłanki podwyższenia kapitału

27. Zgodnie z tym przepisem połączenie odwrotne musiałoby prowadzić do podwyż-

szenia kapitału spółki przejmującej poprzez wniesienie wkładów. Warunkiem podwyższenia kapitału zakładowego jest zwykle emisja nowych akcji lub podwyższenie nominalnej wartości akcji już wyemitowanych¹¹. Jednakże w punkcie 1 c) przedłożonej przez Aro Tubi umowy o połączeniu spółek określone jest w sposób wyraźny, że nie dojdzie do podwyższenia kapitału spółki przejmującej (Aro Tubi) rozumianego w powyższym sensie. Strony postępowania przed sądem krajowym są co do tego faktu zgodne.

28. Wobec wyraźnego brzmienia tego przepisu dyrektywy nie można pominąć wymogu podwyższenia kapitału, jak proponuje to Aro Tubi. Przyjmując szeroką interpretację pojęcia podwyższenia kapitału, można by przyjąć, że rozważane tu okoliczności sprawy objęte są zakresem art. 4 ust. 1 lit. c) dyrektywy 69/335. W niniejszej sprawie udział w spółce Fratelli Gaggini przekształcił się w udział w spółce Aro Tubi. Akcje spółki Aro Tubi, posiadane wcześniej przez Fratelli Gaggini, objęte zostały przez akcjonariuszy Fratelli Gaggini. Powstaje kwestia, czy to przejście akcji spółki Aro Tubi można uznać za równorzędne z emisją nowych akcji, a w związku z tym, jako szeroko pojęte podwyższenie kapitału.

11 — Porównaj w tym przedmiocie w miejsce wielu np. *Académie des sciences commerciales* (red.), *Dictionnaire commercial*, 1987, terminy „capital” oraz „capital social”; Gabler *Wirtschafts-Lexikon* [(o. V.)], wydanie 12 z 1988 r., terminy „Kapital” oraz „Kapitalerhöhung”.

29. Nie można jednak przyjąć tak szerokiej interpretacji pojęcia podwyższenia kapitału. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału przesłanki art. 4 dyrektywy 69/335 należy interpretować w sposób uwzględniający autonomiczny charakter prawa wspólnotowego, to znaczy w sposób obiektywny i jednolity w odniesieniu do wszystkich państw członkowskich, bez względu na ewentualną odrębność istniejących tam poszczególnych porządków prawnych i systemów podatkowych¹². Jednakże autonomiczna interpretacja pojęcia podwyższenia kapitału nie może być całkowicie oderwana od jego oczywistego znaczenia.

30. Pojęcia „kapitał spółki kapitałowej” oraz „podwyższenie kapitału” nie są terminami jedynie prawniczymi (z zakresu prawa wspólnotowego), lecz również ekonomicznymi, którym przypisane jest znaczenie zaczerpnięte z dziedziny nauki o ekonomii przedsiębiorstw i wykraczające poza granice państw i języków. Kapitał (własny) spółki kapitałowej oznacza tu zsumowaną wartość nominalną udziałów lub akcji, a w związku z tym podwyższenie kapitału — obojętnie, w jakiej formie — zakłada podwyższenie wartości nominalnej lub ilości udziałów lub akcji¹³. Byłoby zaskakującym, gdyby wspólnotowy ustawodawca wydający dyrektywę chciał był przypisać występującemu w tej dyrektywie pojęciu podwyższenie kapitału znaczenie odbiegające od przyjętej terminologii utrwalonej w dziedzinie nauk ekonomicznych.

31. W konsekwencji interpretacja pojęcia podwyższenia kapitału nie może prowadzić do wniosku, że nastąpiło ono w drodze samego przekształcenia udziału pośredniego w udział bezpośredni poprzez przejście spółki pośredniej (Fratelli Gaggini). Bowiem w takim przypadku akcje lub udziały spółki przechodzą jedynie ze spółki pośredniej na jej akcjonariuszy lub udziałowców, bez zmiany ich ilości lub ich wartości nominalnej.

32. Nie ma dużego znaczenia, czy akcje Aro Tubi, które były początkowo objęte przez Fratelli Gaggini, najpierw zostały przekazane samej Aro Tubi, a na koniec — dawnym akcjonariuszom Fratelli Gaggini, czy też akcje te zostały przekazane bezpośrednio, to jest bez pośredniego ich nabycia przez Aro Tubi. W każdym z tych przypadków ani ilość, ani wartość akcji nie ulega zmianie.

33. Przyjęciu powyższej interpretacji pojęcia podwyższenia kapitału nie stoi na przeszkodzie, że w swoim dotychczasowym orzecznictwie Trybunał uznał połączenie dwóch spółek kapitałowych za podwyższenie kapitału w rozumieniu art. 4 ust. 1 lit. c) dyrektywy 69/335¹⁴. Rozpatrywaną przez Trybunał sprawę cechowało mianowicie właśnie podwyższenie wartości nominalnej kapitału spółki przejmującej w drodze emisji

12 — Wyrok w sprawie *Société Bautiaa i Société française maritime* (ww. w przypisie 8, pkt 32); wyrok w sprawie *AGAS* (ww. w przypisie 5, pkt 21); por. także wyrok z dnia 15 lipca 1982 r. w sprawie 270/81 *Felicitas Rickmers-Linie*, Rec. str. 2771, pkt 14.

13 — Porównaj odnośniki w przypisie 10.

14 — Wyrok w sprawie *Bautiaa i Société française maritime* (ww. w przypisie 8, pkt. 38).

nowych akcji¹⁵, co nie zachodzi w niniejszej sprawie.

b) Zwiększenie potencjału ekonomicznego

34. Nawet przy przyjęciu, że zwykle przejście akcji Aro Tubi — wbrew powyższym argumentom — prowadzi do podwyższenia kapitału w rozumieniu art. 4 ust. 1 lit. c) dyrektywy 69/335, to czynność ta musiałaby w każdym razie skutkować zwiększeniem potencjału ekonomicznego spółki Aro Tubi. Jak podkreśla bowiem Trybunał w swoim ustalonym orzecznictwie¹⁶, zwiększenie potencjału stanowi kryterium decydujące o uznaniu danej czynności za gromadzenie kapitału, a zatem za czynność opodatkowaną podatkiem kapitałowym.

35. Trybunał wyprowadza¹⁷ tę nieuregulowaną *expressis verbis* przesłankę w postaci zwiększenia potencjału ekonomicznego, z treści drugiego motywu dyrektywy 74/553/EWG¹⁸ stanowiącego, że celem

zasad, na których oparte jest ujednolicenie podatku kapitałowego, „jest wprowadzenie systemu, w którym podatek od podwyższenia kapitału jest naliczany tylko od transakcji stanowiących z prawnego punktu widzenia podwyższenie kapitału i tylko w takim zakresie, w jakim transakcje takie przyczyniają się do wzmocnienia potencjału ekonomicznego spółki”.

36. Ponadto wymóg zwiększenia potencjału ekonomicznego ma związek z celem dyrektywy 69/335, jakim jest wspieranie swobody przepływu kapitału między państwami członkowskimi poprzez ujednolicenie różniących się od siebie krajowych podatków i opłat z tytułu operacji prowadzących do gromadzenia kapitału. Czynności, których dotyczy dyrektywa, powinny zatem obejmować przepływ kapitału skutkujący przyrostem kapitału po stronie spółki korzystającej z tej czynności.

37. Celem dyrektywy 69/335 nie jest z kolei ułatwianie zwykłej restrukturyzacji lub przegrupowania istniejących już spółek kapitałowych, a zatem istniejącego już zgromadzonego kapitału¹⁹. Unaocznia to fakt, że zwykle przekształcenie spółki kapitałowej zgodnie z art. 4 ust. 3 lit. a) zostało wyraźnie wyłączone z zakresu zastosowania dyrektywy. Nawet jeżeli w interesie podmiotów rynkowych leży, aby zmiany w organizacji spółek kapitałowych powiązanych ze sobą za pomocą objętych udziałów poddane były

15 — Porównaj opinię rzecznika generalnego G. Cosmasa w sprawie *Bautiaa i Société française maritime* (ww. w przypisie 10, pkt 1).

16 — Porównaj m.in. wyrok w sprawie *Felicitas Rickmers-Linie* (ww. w przypisie 12, pkt 16), oraz wyroki z dnia 5 lutego 1991 r. w sprawie *C-249/89 Trave Schiffahrts-Gesellschaft*, Rec. str. I-257, pkt 13; z dnia 5 lutego 1991 r. w sprawie *C-15/89 Deltakabel*, Rec. str. 241, pkt 13 i n., oraz wyrok w sprawie *Société Bautiaa i Société française maritime* (ww. w przypisie 8, pkt 36).

17 — Wyrok w sprawie *Deltakabel* (ww. w przypisie 16, pkt 13).

18 — Dyrektywa Rady 74/553/EWG z dnia 7 listopada 1974 r. zmieniająca art. 5 ust. 2 dyrektywy 69/335/EWG w sprawie podatków pośrednich od gromadzenia kapitału (Dz.U. L 303, str. 9).

19 — Prawo dotyczące tworzenia spółek zależnych i ich ewentualnego przejmowania mogłoby być jednak objęte gwarancją swobody przedsiębiorczości w rozumieniu art. 43 WE. Gwarancja ta, w związku z wewnątrzkrajową zasadą niedyskryminacji podmiotów krajowych, mogłaby mieć ewentualnie znaczenie dla niniejszej sprawy. Jednakże w swoim wniosku o rozstrzygnięcie w trybie prejudycjalnym sąd krajowy zwrócił się z pytaniem dotyczącym jedynie wykładni dyrektywy 69/335.

możliwie najmniejszej ilości ograniczeń, to jednak przepisy prawa wspólnotowego dotyczące ujednoliconego podatku kapitałowego znajdują zastosowanie w odniesieniu do tych czynności jedynie wówczas, jeżeli nie będą one stanowić tylko przesunięcia istniejącego już kapitału, ale również przyczynią się do jego (dalszego) podwyższenia.

38. Wydawać by się mogło, że niniejszy przypadek połączenia odwrotnego można uznać za zwiększenie potencjału ekonomicznego spółki Aro Tubi. Bowiem do majątku spółki przejmującej Aro Tubi wniesiony został majątek spółki przejmowanej Fratelli Gaggini, stanowiący do tej pory odrębną masę majątkową w sensie prawnym. Jednakże taki sposób rozumowania, opierający się wyłącznie na kryterium składników majątku spółki przejmującej, byłby zbyt zawężony.

39. W wyroku w sprawie AGAS²⁰ Trybunał stwierdził bowiem, że ze względu na brak uregulowania przypadku połączenia nieprawidłowego w art. 4 dyrektywy 69/335, połączenie to nie jest objęte zakresem zastosowania tej dyrektywy. Jak słusznie podnoszą Komisja i rząd włoski, można interpretować to jedynie w taki sposób, że decydującym kryterium przyjęcia zwiększenia potencjału ekonomicznego jest *całociowa* analiza sytuacji obu spółek przed dokonaniem transakcji i po jej dokonaniu.

40. Jedynie w ten sposób można bowiem ustalić, czy w rozpatrywanej sprawie chodzi o czynność gromadzenia kapitału, a zatem o czynność objętą ochroną wynikającą z dyrektywy 69/335. W związku z tym stwierdzenie zwiększenia potencjału ekonomicznego spółki Aro Tubi w niniejszej sprawie jedynie ze względu na fakt inkorporacji przez nią majątku spółki do tej pory wobec niej dominującej nie uwzględniałoby szczególnego charakteru czynności połączenia odwrotnego.

41. Przeciwnie, należy podnieść, że akt połączenia nie zmienił — postrzeganego jako całość — majątku powiązanych ze sobą za pomocą posiadanych udziałów spółek Aro Tubi oraz Fratelli Gaggini i że majątek ten dzieli się obecnie już nie na dwie, odrębne w sensie prawnym spółki, lecz przyporządkowany jest wyłącznie jednemu podmiotowi prawnemu. Uwzględniając istotne aspekty sprawy, taka sytuacja odpowiada sytuacji połączenia nieprawidłowego leżącego u podstaw sprawy AGAS.

42. Szczególnie uwidacznia się to przy uwzględnieniu położenia akcjonariuszy będących, za pośrednictwem spółek, inwestorami właściwymi. Z ich punktu widzenia połączenie odwrotne nie prowadziło ani do zwiększenia potencjału ekonomicznego spółek, ani — ogólnie rzecz biorąc — do podwyższenia kapitału: przed połączeniem byli oni akcjonariuszami spółki Fratelli Gaggini. Ich akcje reprezentowały jednak nie tylko wartość tej spółki, lecz jednocześnie także wartość spółki Aro Tubi, która jako spółka należąca w stu

20 — Wyżej wymieniony w przypisie 5.

procentach do spółki Fratelli Gaggini należała do jej majątku. Po połączeniu w miejsce pozbawionych już wartości akcji spółki Fratelli Gaggini akcjonariusze otrzymali akcje spółki Aro Tubi. Z ich punktu widzenia reprezentowały one jednak — dokładnie tak jak stare akcje — jedynie wartość zsumowanych mas majątkowych obu spółek. Chociaż po przeprowadzeniu transakcji akcje te formalnie związane są z inną spółką, to jednak reprezentują one ten sam potencjał ekonomiczny, który reprezentowały papiery wartościowe uprzednio posiadane przez akcjonariuszy.

43. Nawet jeżeli — jak podnosi skarżący w postępowaniu przed sądem krajowym — transakcję połączenia można by uznać za czynność nie tylko czysto formalną, o charakterze jedynie „rejestrowo-technicznym”, lecz także jako czynność o pewnym znaczeniu ekonomicznym, to niemniej jednak jest oczywiste, że na skutek podwyższenia kapitału nie doszło do wzmocnienia potencjału ekonomicznego obu spółek. W konsekwencji także z tego względu połączenie odwrotne nie spełnia przesłanek art. 4 ust. 1 lit. c) dyrektywy 69/335.

2. Artykuł 4 ust. 1 lit. d) dyrektywy 69/335

44. Ponadto należy rozważyć możliwość zastosowania art. 4 ust. 1 lit. d) dyrektywy

69/335. Zgodnie z tym przepisem zakres zastosowania tej dyrektywy obejmuje zwiększenie majątku spółki kapitałowej poprzez wniesienie wkładu jakiegokolwiek rodzaju, jednak nie w zamian za udział w kapitale lub majątku spółki, lecz za prawa innego rodzaju, takie jak prawo głosu lub udział w zyskach. Inaczej niż na gruncie art. 4 ust. 1 lit. c), pod pojęciem „majątku spółki” należy rozumieć nie kapitał zakładowy, lecz „wszelkie dobra o wartości ekonomicznej, skupione przez wspólników lub akcjonariuszy we wspólną całość (w ramach spółki), włącznie z przyrostem ich wartości”²¹.

45. Jednakże czynność połączenia odwrotnego nie może spełniać przesłanek art. 4 ust. 1 lit. d) już z tego względu, że także te przesłanki należy uzupełnić o nieuregulowane *expressis verbis* kryterium zwiększenia potencjału ekonomicznego, które to z kolei — jak wykazano powyżej — nie zostało spełnione.

46. Abstrahując od powyższych rozważań, należy stwierdzić, że nie są spełnione także przesłanki określone *expressis verbis* w art. 4 ust. 1 lit. d). Co prawda można twierdzić, że poprzez przejęcie majątku spółki Fratelli Gaggini podwyższony został majątek spółki Aro Tubi. Z dokumentacji wynika bowiem, że przed jej przejęciem spółka Fratelli Gaggini posiadała jak się zdaje oprócz akcji spółki Aro Tubi jeszcze inne prawa o znacznej wartości majątkowej, jak na przykład prawa do nieruchomości i rzeczy ruchomych. Przed połączeniem obu spółek

21 — Wyrok z dnia 28 marca 1990 r. w sprawie C-38/88 Siegen, Rec. str. I-1447, pkt 12.

prawa te przysługiwały wyłącznie spółce Fratelli Gaggini. Dopiero po przejęciu spółki względem niej dominującej spółka Aro Tubi nabyła rozumianą w sensie prawnym i gospodarczym możliwość dysponowania tymi prawami. Stąd istnieją argumenty przemawiające za tym, aby przejście tych praw towarzyszące połączeniu uznać za podwyższenie majątku spółki Aro Tubi.

wspólnika lub akcjonariusza. Przykładem są tu świadectwa użytkowe²², przyznające wyłącznie roszczenie o przyznanie udziału w zysku przedsiębiorstwa. Artykułu 4 ust. 1 lit. d) nie stosuje się z kolei, jeżeli w zamian za wniesienie wkładów przyznane zostaną akcje, ponieważ w takim przypadku zastosowanie znajduje wyłącznie art. 4 ust. 1 lit. c).

3. Artykuł 4 ust. 2 lit. b) dyrektywy 69/335

47. Zgodnie z brzmieniem art. 4 ust. 1 lit. d) dla spełnienia jego przesłanek nie wystarczy jednak samo podwyższenie majątku spółki. Przepis ten wymaga ponadto, aby w zamian za skutkujące zwiększeniem majątku wniesienie wkładów, przyznane zostały prawa tego samego rodzaju, jak te, które posiadają udziałowcy lub akcjonariusze, inne niż udziały w kapitale lub majątku spółki.

49. W niniejszej sprawie należy na koniec rozważyć możliwość spełnienia przesłanek art. 4 ust. 2 lit. b) dyrektywy 69/335. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu konieczne jest zwiększenie majątku spółki bez równoczesnego podwyższenia kapitału spółki, co zgodnie z powyższymi rozważaniami²³ z całą pewnością zachodzi w niniejszej sprawie.

48. Za szeroko pojęte wkłady można by uznać akcje spółki Fratelli Gaggini. W zamian za wniesienie tych akcji, akcjonariusze spółki Fratelli Gaggini objęli akcje spółki Aro Tubi. Jednak właśnie akcje stanowią główny przykład praw odzwierciedlających udział w kapitale zakładowym spółki. Z kolei akcje nie stanowią „praw tego samego rodzaju, jak te, które posiadają członkowie [wspólnicy lub akcjonariusze]” w rozumieniu art. 4 ust. 1 lit. d). Cechą charakterystyczną tych praw jest mianowicie, że ich treścią nie jest prawo do udziału w kapitale, lecz jedynie indywidualne prawa

50. Następnie zwiększenie majątku spółki powinno nastąpić w drodze świadczenia usług przez wspólnika lub akcjonariusza. Za takie świadczenie można by uznać zrzeczenie się praw do udziału w spółce Fratelli Gaggini przez jej akcjonariuszy na rzecz spółki Aro Tubi. Jednakże w momencie połączenia obu spółek akcjonariusze spółki Fratelli Gaggini

22 — Porównaj wyrok z dnia 17 października 2002 r. w sprawie C-138/00 *Solida i Tech*, Rec. str. I-8905, pkt 28.

23 — Porównaj pkt 45.

nie byli jednocześnie akcjonariuszami spółki Aro Tubi, lecz udziałowcami spółki względem niej dominującej.

ponadto, aby świadczenie wspólnika lub akcjonariusza powodowało zmianę w prawach spółki lub mogło zwiększyć wartość udziałów spółki.

51. Spełnienie przesłanek art. 4 ust. 2 lit. b) można by przyjąć tylko przy dokonaniu rozszerzającej wykładni pojęcia świadczenia usług przez wspólnika lub akcjonariusza, mianowicie wówczas, gdyby pojęcie to obejmowało również świadczenie akcjonariusza pośredniego, a zatem akcjonariusza spółki będącej akcjonariuszem.

52. Dokonanie takiej rozszerzającej wykładni wydaje się być możliwe. W swoim dotychczasowym orzecznictwie w sprawach o podobnej problematyce Trybunał stwierdził, że o kwestii spełnienia przesłanek art. 4 ust. 2 lit. b) należy rozstrzygnąć w oparciu o względy ekonomiczne, a nie formalne, biorące pod uwagę wyłącznie kryterium pochodzenia wkładów²⁴.

53. Jednakże nawet gdyby w ramach takiej wykładni pojęcia świadczenia wspólnika lub akcjonariusza w oparciu o względy ekonomiczne nasunął się wniosek, że wniesienie spółki Fratelli Gaggini do spółki Aro Tubi należy uznać za świadczenie wspólnika lub akcjonariusza na rzecz spółki Aro Tubi, to nie byłoby to wystarczające dla zastosowania art. 4 ust. 2 lit. b). Przepis ten wymaga

54. Przy tym wobec faktu, że ilość i wartość nominalna akcji spółki Aro Tubi pozostały bez zmian, ewidentnie nie zachodzi pierwszy przypadek, a mianowicie zmiana w prawach spółki.

55. Nie została spełniona również przesłanka zwiększenia wartości udziałów spółki, o której mowa w drugim przypadku. Można by wprawdzie argumentować, że poprzez przejęcie spółki Fratelli Gaggini spółka Aro Tubi przejęła jej prawa o wartości majątkowej oraz że poprzez uzyskanie dodatkowych dóbr aktywów zwiększyła się (rzeczywista) wartość akcji spółki Aro Tubi.

56. Jednakże taki sposób rozumowania odbiegałby od wskazanej powyżej wykładni przesłanek art. 4 ust. 2 lit. b) w oparciu o kryteria ekonomiczne. Jeśli przyjąć, że wystarczające jest świadczenie wspólnika lub akcjonariusza pośredniego, to z wzajemnego charakteru tego przepisu wynika, iż powinno nastąpić również zwiększenie wartości udziałów lub akcji spółki posiadanych przez tego wspólnika lub akcjonariusza.

57. Nie należy zatem porównywać (rzeczywistej) wartości akcji spółki Aro Tubi przed dokonaniem połączenia i po nim, lecz raczej (rzeczywistą) wartość akcji posiadanych przez akcjonariuszy spółki Fratelli Gaggini

24 — Wyroki z dnia 13 października 1992 r. w sprawie C-49/91 Weber Haus, Rec. str. I-5207, pkt 11, oraz z dnia 17 października 2002 r. w sprawie C-339/99 ESTAG, Rec. str. I-8837, pkt 37.

przed przejęciem z wartością akcji spółki Aro Tubi przyznanych im po przejęciu. Wartości te nie różnią się jednak, bowiem zsumowana wartość przedsiębiorstw w pełni odpowiada wartości „nowej” spółki Aro Tubi, reprezentowanej przez jej akcje. W konsekwencji transakcja nie spowodowała zmiany wartości posiadanego przez akcjonariuszy portfolio.

59. Pozostałe warianty przewidziane w art. 4 dyrektywy 69/335 nie mają zastosowania w niniejszej sprawie. Stan faktyczny sprawy rozpatrywanej przed sądem krajowym nie jest też objęty zakresem art. 10 lit. c) dyrektywy 69/335.

58. Z powyższego wynika, że nawet przy dokonaniu wykładni pojęcia świadczenia wspólnika lub akcjonariusza w oparciu o kryteria ekonomiczne, nie zachodzi żaden z przypadków, o których mowa w art. 4 ust. 2 lit. b). Wniosek ten nasuwa się zwłaszcza, w przypadku gdy dla stosowania tego przepisu wymagane jest spełnienie — nieuregulowanej *expressis verbis* — przesłanki zwiększenia potencjału ekonomicznego spółek.

60. Podsumowując powyższe rozważania, brak jest jakiegokolwiek przepisu umożliwiającego zastosowanie dyrektywy 69/335 w niniejszej sprawie. Przepisy tej dyrektywy nie zakazują zatem pobierania przez państwo członkowskie opłaty za wpis do rejestru w przypadku połączenia odwrotnego, takiego jak rozpatrywanego w postępowaniu przed sądem krajowym.

VI — Wnioski

61. W świetle powyższych rozważań proponuję, by na pytanie Corte Suprema di Cassazione Trybunał udzielił następującej odpowiedzi:

„Dyrektywa Rady 69/335/EWG z dnia 17 lipca 1969 r. dotycząca podatków pośrednich od gromadzenia kapitału nie stoi na przeszkodzie pobieraniu opłaty za wpis do rejestru w wysokości 1% wartości majątku spółki przejmowanej, pobieranej w okolicznościach sprawy rozpatrywanej przez sąd krajowy w przypadku przejęcia spółki przez inną spółkę, której akcje przed połączeniem objęte były w całości przez spółkę przejmowaną (połączenie odwrotne)”.