

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO

JULIANE KOKOTT

przedstawiona w dniu 8 lutego 2007 r.¹

I — Wprowadzenie

się dla danego podatnika z niekorzystnymi skutkami podatkowymi?

1. Niniejsza sprawa podnosi interesujące zagadnienie prawnopodatkowe związane z restrukturyzacją przedsiębiorstw².

2. Trybunałowi przedstawiono pytanie dotyczące norm prawa wspólnotowego znajdujących zastosowanie w odniesieniu do traktowania na gruncie podatkowym *wypłaty zysków*, która jest ściśle związana z przeprowadzoną na krótko przedtem transgraniczną *wymianą udziałów*. Czy taka wypłata zysków może być traktowana przez właściwy organ podatkowy jako część wynagrodzenia, a zatem jako *wypłata gotówkowa* dokonana przez spółkę nabywającą za wniesione do jej kapitału udziały, co wiązałoby

3. U podstaw niniejszej sprawy leży transakcja, w wyniku której dwóch duńskich podatników wniosło swoje udziały w duńskiej spółce kapitałowej do irlandzkiej spółki kapitałowej, uzyskując w zamian udziały tej irlandzkiej spółki. Kilka dni później, zgodnie z wcześniejszymi ustaleniami, spółka irlandzka dokonała wypłaty zysków na rzecz obu duńskich podatników.

4. Zarówno wymiana udziałów, jak i podjęcie decyzji o wypłacie zysków miały miejsce na krótko przed wejściem w życie nowej duńsko-irlandzkiej umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania, która przewidywała mniej korzystne dla duńskich podatników opodatkowanie dywidend niż obowiązująca umowa.

1 — Język oryginału: niemiecki.

2 — W celu uproszczenia, pojęcie restrukturyzacji będzie stosowane w dalszej części opinii jako obejmujące łączenie i podziały spółek kapitałowych, wnoszenie do nich udziałów oraz wymianę udziałów.

II — Ramy prawne

A — Prawo wspólnotowe

5. Ramy prawne dla niniejszej sprawy wyznacza dyrektywa Rady 90/434/EWG z dnia 23 lipca 1990 r. w sprawie wspólnego systemu opodatkowania mającego zastosowanie w przypadku łączenia, podziałów, wnoszenia aktywów i wymiany udziałów, dotyczących spółek różnych państw członkowskich³.

6. Wśród przepisów ogólnych zawartych w tytule I dyrektywy 90/434 znajduje się art. 2, w którym określono definicje pojęć na potrzeby dyrektywy:

„Do celów niniejszej dyrektywy:

[...]

d) »wymiana udziałów« oznacza operację, przez którą spółka nabywa udziały w kapitale innej spółki, uzyskując w ten sposób większość praw głosu w tej spółce, w zamian za wyemitowanie na rzecz akcjonariuszy tej ostatniej spółki

w zamian za ich papiery wartościowe, papierów wartościowych swojej spółki, jak również, jeżeli ma to zastosowanie, wypłatę gotówkową nieprzekraczającą 10% wartości nominalnej lub, w braku wartości nominalnej, księgowej wartości nominalnej tych papierów wartościowych;

[...]

g) »spółka nabywana« oznacza spółkę, której udziały są nabywane przez inną spółkę poprzez wymianę papierów wartościowych;

h) »spółka nabywająca« oznacza spółkę, która nabywa udziały poprzez wymianę papierów wartościowych;

[...]”.

7. Artykuł 8 zawarty w tytule II dyrektywy 90/434 stanowi w szczególności:

„1. W czasie łączenia, podziału lub wymiany udziałów przydział papierów wartościowych, reprezentujących kapitał spółki przejmującej, akcjonariuszowi spółki przekazującej lub nabywanej w zamian za papiery wartościowe reprezentujące kapitał tej ostatniej spółki, nie stanowi podstawy, jako takiej, opodatkowania

³ — Dz.U. L 225, str. 1.

dochodu, zysków lub zysków kapitałowych tego akcjonariusza.

[...]

4. Ustępy 1, 2 i 3 nie stanowią przeszkody dla państw członkowskich w uwzględnianiu, przy opodatkowaniu akcjonariuszy, wszelkich wypłat gotówkowych, które mogą być dokonane w ramach łączenia, podziału lub wymiany udziałów”.

8. Do przepisów końcowych tytułu V dyrektywy 90/434 należy m.in. następujący przepis art. 11:

„1. Państwo członkowskie może odmówić stosowania lub cofnąć przywileje wynikające ze wszystkich lub z części przepisów tytułów II, III i IV, w przypadku gdy łączenie, podział, przekazanie aktywów lub wymiana udziałów:

a) ma za zasadniczy cel lub za jeden z zasadniczych celów uchylanie się od podatków lub unikanie płacenia podatków; fakt, iż łączenie, podział, przekazanie aktywów lub wymiana udziałów, nie jest

dokonywane w uzasadnionych celach gospodarczych, takich jak restrukturyzacja lub racjonalizacja działalności spółek uczestniczących w operacji, może stanowić domniemanie, że zasadniczym celem lub jednym z zasadniczych celów tej operacji jest uchylanie się od podatków lub unikanie płacenia podatków;

[...]”.

9. Dyrektywa 2005/19⁴ zmieniła tytuł oraz niektóre przepisy dyrektywy 90/434. Zmiany te weszły jednak w życie dopiero w dniu 24 marca 2005 r.⁵ Powinny zostać one transponowane do krajowych porządków prawnych przez państwa członkowskie do dnia 1 stycznia 2006 r. lub do dnia 1 stycznia 2007 r.⁶, a zatem nie są one istotne dla niniejszej sprawy.

B — Prawo krajowe

1. Traktowanie wymiany udziałów na gruncie podatkowym

10. Dla traktowania na gruncie podatkowym wymiany udziałów w okresie istotnym

4 — Dyrektywa Rady 2005/19/WE z dnia 17 lutego 2005 r. zmieniająca dyrektywę Rady 90/434/EWG w sprawie wspólnego systemu opodatkowania mającego zastosowanie w przypadku łączenia, podziałów, wnoszenia aktywów i wymiany udziałów, dotyczących spółek różnych państw członkowskich (Dz. U. L 58, str. 19).

5 — 24 marca 2005 r. jest dwudziestym dniem po publikacji dyrektywy 2005/19 w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej*, zob. art. 254 ust. 1 WE.

6 — Artykuł 2 dyrektywy 2005/19.

dla niniejszej sprawy, zgodnie z prawem duńskim, właściwe były przepisy ustawy o opodatkowaniu dochodów z akcji, jak również ustawy o opodatkowaniu łączenia⁷.

2) Wymiana udziałów w rozumieniu ust. 1 oznacza operację, przez którą spółka nabywa udziały w kapitale innej spółki, uzyskując w ten sposób większość praw głosu w tej spółce w zamian za przyznanie udziałów w spółce nabywającej udziałowcom tej drugiej spółki oraz, jeżeli ma to zastosowanie, wypłaty gotówkowej; wypłata gotówkowa nie powinna przekraczać 10% wartości nominalnej lub, w braku wartości nominalnej, wartości księgowej tych udziałów”.

11. Paragraf 13 ust. 1 i 2⁸ ustawy o opodatkowaniu dochodów z akcji⁹ w związku z transpozycją dyrektywy 90/434 do prawa duńskiego miał następujące brzmienie:

„1) W przypadku wymiany udziałów posiadaczowi udziałów spółki nabywanej przysługuje możliwość opodatkowania zgodnie z § 9 i 11 ustawy o opodatkowaniu łączenia, jeśli zarówno spółka nabywająca, jak i spółka nabywana jest »spółką państwa członkowskiego« w rozumieniu art. 3 dyrektywy 90/434/EWG. Moment wymiany udziałów uważany jest za moment połączenia, jeśli wymiana udziałów zostanie dokonana najpóźniej w okresie sześciu miesięcy licząc od pierwszego dnia wymiany.

12. Z uzasadnienia projektu ustawy wynika, że pojęcie wymiany udziałów w rozumieniu § 13 ustawy o opodatkowaniu dochodów z akcji odpowiada pojęciu określonemu w art. 2 lit. d) dyrektywy 90/434¹⁰.

13. Paragraf 9 i 11 duńskiej ustawy o opodatkowaniu łączenia¹¹, do którego odsyła § 13 ust. 1 ustawy o opodatkowaniu

7 — Przepisy te zostały wskazane w postanowieniu odsyłającym sądu krajowego oraz w uwagach uzupełniających przedstawionych przez rząd duński na wniosek Trybunału.

8 — Paragraf 13 ust. 3 w związku z § 4 ustawy o opodatkowaniu dochodów z akcji zawiera przepis szczególnie dotyczący wymiany akcji spółek notowanych na giełdzie, który nie jest istotny w niniejszej sprawie.

9 — Aktieavancebeskatningsloven (*Lovtidende* 1993, str. 4171).

10 — Zgodnie z informacją przekazaną przez Østre Landsret, powołującego się na uzasadnienie projektu ustawy (*Folketingstidende*, załącznik A, 1991/92, szpalta 517).

11 — Fusionskatteloven (*Lovtidende* 1992, str. 3374–3382).

waniu dochodów z akcji, stanowi m.in., co następuje:

„§ 9

- 1) Udziały spółki przekazującej uznaje się za zbyte przez wspólnika na rzecz osoby trzeciej, jeśli zostały zbyte za wynagrodzeniem innym niż udziały spółki przejmującej. Zbyte takie uznaje się za dokonane w trakcie określonego w § 5 momentu połączenia.

[...]

§ 11

- 1) Udziały spółki przejmującej, które wspólnicy obejmują jako wynagrodzenie za udziały spółki przekazującej, są przy ustalaniu ogólnego lub szczególnego dochodu podlegającego opodatkowaniu traktowane jako nabyte w tam samym czasie i po takiej samej cenie jak wymienione udziały [...]”.

14. Według zgodnych oświadczeń wszystkich uczestników postępowania konkretne przepisy, mające na celu transpozycję art. 11 dyrektywy 90/434 dotyczącego wymiany udziałów, nie zostały dotychczas przyjęte w prawie duńskim. Prace nad właściwą ustawą, która wprowadziła wymóg uzyskania zgody Ligningsråd, zostały podjęte dopiero z końcem 1994 r. Ustawa ta została przyjęta w 1995 r.¹².

2. Opodatkowanie dywidend

a) Prawo duńskie

15. Dywidendy, które są wypłacane na rzecz osób fizycznych mających miejsce zamieszkania w Danii, podlegają opodatkowaniu w tym państwie zgodnie z § 16a ust. 1 Ligningsloven (ustawy o wymiarze podatku)¹³ i § 4a Personskatteloven (ustawy o podatku dochodowym)¹⁴. Regulacja ta znajduje zastosowanie także do dokonanej w ramach wymiany udziałów wypłaty gotówkowej¹⁵.

12 — Zgodnie z informacjami przekazanymi przez sąd krajowy, uzupełnionymi przez H. Kofoeda, jest to projekt ustawy z dnia 2 listopada 1994 r., przyjęty w dniu 25 kwietnia 1995 r.

13 — Ligningsloven (Lovtidende 1992, str. 5478).

14 — Personskatteloven (Lovtidende 1992, str. 3914).

15 — Zgodnie z informacją przedstawioną przez H. Kofoeda, która nie została zakwestionowana.

16. Paragraf 16a ust. 1 Ligningsloven ma następujące brzmienie:

„Przy obliczaniu ogólnego dochodu podlegającego opodatkowaniu uwzględnia się dochód z akcji, udziałów i podobnych papierów wartościowych. Do dochodów tych zalicza się wszelkie kwoty, które zostały wypłacone przez spółkę akcjonariuszom lub udziałowcom, z wyjątkiem bezpłatnych akcji lub udziałów oraz wpływów związanych z likwidacją spółki, które zostały wypłacone w roku kalendarzowym, w którym spółka została ostatecznie rozwiązana”.

17. Paragraf 4a Personskatteloven stanowi, co następuje:

„1. Przychód z udziału w zysku stanowi łączna kwota

- 1) dywidend z akcji, zgodnie z § 16a Ligningsloven, które zostały wypłacone przez podlegające opodatkowaniu spółki w rozumieniu [...];

[...]

- 2) Przychody z udziału w zysku nie stanowią dochodu podlegającego opodatkowaniu”.

18. Dodatkowo należy wskazać § 8a Personskatteloven, zgodnie z którym m.in.:

„1) Podatek od dywidend, które nie przekraczają kwoty bazowej 26 400 DKK, ustala się w stałej wysokości 30%. Podatek pobrany u źródła od wypłaty dywidend zgodnie z § 65 ustawy o podatku pobieranym u źródła, które nie przekraczają kwoty bazowej, stanowi ostateczną zapłatę podatku; podatek od dywidendy nie podlega, zgodnie z § 67 ustawy o podatku pobieranym u źródła, odliczeniu od ostatecznego podatku podlegającego zapłacie.

- 2) Podatek od wypłaty dywidend, które przekraczają kwotę bazową w wysokości 26 400 DKK, określa się w wysokości 45%. Podatek od wypłaty dywidend, która przekracza kwotę bazową, podlega włączeniu do ostatecznego podatku podlegającego zapłacie, a podatek od dywidend pobrany od tej części zgodnie z § 65 ustawy o podatku pobieranym u źródła podlega zgodnie z § 67 ustawy o podatku pobieranym u źródła odliczeniu od ostatecznego podatku podlegającego zapłacie.

[...]”.

b) Duńsko-irlandzka umowa o unikaniu podwójnego opodatkowania

19. Umowa o unikaniu podwójnego opodatkowania zawarta między Królestwem Danii i Republiką Irlandii¹⁶, która znajduje zastosowanie do stanu faktycznego sprawy przed sądem krajowym, została ratyfikowana w Danii w dniu 15 kwietnia 1964 r.

20. Zgodnie z art. 6 ust. 1 lit. a) tej umowy Irlandia była uprawniona do opodatkowania dywidend wypłaconych przez spółkę irlandzką osobie mającej miejsce zamieszkania w Danii. Pobranie dodatkowego podatku w okresie późniejszym było jednak wykluczone.

21. Artykuł 23 ust. 2 umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania stanowił:

„W przypadkach, w których osoba, którą dla celów opodatkowania należy uznać za mającą miejsce zamieszkania lub siedzibę w Danii (niezależnie od tego, czy należy ją uznać dla celów opodatkowania w Irlandii

za mającą miejsce zamieszkania lub siedzibę w tym państwie), uzyskuje w Irlandii przychody lub posiada majątek, które zgodnie z niniejszą umową podlegają opodatkowaniu w Irlandii, Dania dopuszcza możliwość odliczenia od duńskiego podatku od dochodu lub majątku kwoty, która odpowiada podatkowi, od dochodu lub majątku, który przypada na dochód lub majątek pochodzący z Irlandii”.

22. Przytoczone postanowienia, zgodnie z informacjami przedstawionymi przez Østre Landsret (zwany dalej „sądem krajowym”), są interpretowane przez sądy duńskie zgodnie z utrwaloną linią orzecznictwa w taki sposób, iż dywidendy wypłacone przez irlandzką spółkę osobie mającej miejsce zamieszkania w Danii były uprzywilejowane na podstawie zasady zwolnienia (nowej metody).

23. W latach 1992–1993 prowadzono ponownie negocjacje w sprawie duńsko-irlandzkiej umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania, w wyniku których, od tej pory, dywidenda wypłacona przez irlandzką spółkę osobie mającej miejsce zamieszkania w Danii mogła zostać opodatkowana zarówno w Irlandii, jak i w Danii, a Dania dokonywała odliczenia podatku zapłaconego w Irlandii. Zgodnie z informacjami przedstawionymi przez sąd krajowy rzeczona nowa umowa o unikaniu podwójnego opodatkowania w odniesieniu do dywidend weszła w Danii w życie w dniu 7 listopada 1993 r.

¹⁶ — Podpisana w Kopenhadze w dniu 4 lutego 1964 r.

III — Stan faktyczny i postępowanie przed sądem krajowym

24. Hans Markus Kofoed posiadał pierwotnie 50% udziałów w Cosmopolit Holding ApS, duńskiej spółce z ograniczoną odpowiedzialnością. Pozostałe 50% kapitału tej spółki należało do Nielsa Tofta.
25. Obaj nabyli w dniu 26 października 1993 r. po jednej akcji Dooralong Ltd., „spółki adresowej” („shell company”) utworzonej zgodnie z prawem irlandzkim, w cenie 1 IEP. Kapitał zakładowy spółki wynosił 2 IEP.
26. W dniu 29 października 1993 r. nastąpiła wymiana udziałów, w trakcie której H. Kofoed i N. Toft wymienili swoje udziały w Cosmopolit Holding ApS o wartości nominalnej 120 000 DKK na nowo wyemitowane udziały Dooralong Ltd. o wartości nominalnej 10 500 IEP. W wyniku tej wymiany zarówno H. Kofoed jak i N. Toft posiadali odtąd udział o wartości nominalnej 10 501 IEP lub 50% w Dooralong Ltd., a Dooralong Ltd. stała się posiadaczem całości kapitału zakładowego Cosmopolit Holding ApS. H. Kofoed i N. Toft nie kontrolowali już Cosmopolit Holding ApS bezpośrednio, lecz za pośrednictwem spółki Dooralong Ltd.
27. W trakcie rocznego walnego zgromadzenia Dooralong Ltd., które odbyło się w dniu 3 listopada 1993 r., zostało przedstawione i zatwierdzone sprawozdanie roczne opatrzone datą 2 listopada 1993 r. W sprawozdaniu tym wykazano dochód z działalności nowo nabytej spółki zależnej Cosmopolit Holding ApS w łącznej wysokości 2 742 616 IEP (około 26 milionów DKK), która to spółka przedstawiła swoje sprawozdanie roczne w dniu 31 października 1993 r. Na aktywa Dooralong Ltd. składał się całkowity kapitał zakładowy Cosmopolit Holding ApS, która to spółka — zgodnie ze swoim sprawozdaniem rocznym z dnia 31 października 1993 r. — po dokonaniu wypłaty zysku na rzecz Dooralong Ltd. posiadała jeszcze kapitał własny w wysokości 1 709 806 DKK; poprzednio kapitał ten wynosił około 28 milionów DKK.
28. W trakcie rocznego walnego zgromadzenia Dooralong Ltd., mającego miejsce w dniu 3 listopada 1993 r., podjęto uchwałę o dokonaniu wypłaty zysku w wysokości 2 742 116 IEP¹⁷. H. Kofoed otrzymał 50% tej wypłaty, czyli 1 371 058 IEP.
29. Zgodnie z ustaleniami dokonanymi w postępowaniu głównym, na których opiera się sąd krajowy, podstawą tych transakcji nie były względy gospodarcze, lecz zmniejszenie obciążenia podatkowego. W chwili wymiany udziałów H. Kofoed i N. Toft nie

17 — Zgodnie z informacją przedstawioną przez sąd krajowy uczestnicy postępowania zawisłego przed tym sądem byli zgodni co do tego, że wypłata zysków zostanie dokonana zgodnie z właściwymi przepisami prawa irlandzkiego.

mieli określonych planów co do prowadzenia działalności gospodarczej za pośrednictwem Dooralong Ltd.

30. Choć dokonana przez Dooralong Ltd. wypłata zysków nie została uprzednio ustalona w sposób wiążący, to jednak odpowiadała ona wspólnym zamiarom H. Kofoeda i N. Tofta, by uchwalić w trakcie pierwszego walnego zgromadzenia po dokonaniu wymiany udziałów dokonanie wypłaty znacznej części zysków Dooralong Ltd. Zainteresowani działali ze znajomością obowiązującej wówczas umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania, byli również świadomi, że umowa ta zostanie zmieniona.

31. W zeznaniu podatkowym za 1993 r., złożonym w Danii, H. Kofoed powołał się na obowiązującą wówczas umowę o unikaniu podwójnego opodatkowania, zgodnie z którą zysk wypłacony na jego rzecz przez Dooralong Ltd. jest w Danii zwolniony od podatku. Zgodnie z obowiązującymi wówczas przepisami duńskimi zwolniona od podatku była także wymiana należących do niego udziałów Cosmopolit Holding ApS na udziały Dooralong Ltd.

32. Duńskie organy podatkowe potraktowały natomiast wymianę udziałów Cosmopolit Holding ApS na udziały Dooralong Ltd. oraz dokonaną przez Dooralong Ltd. w wyniku wymiany udziałów wypłatę zysków

jako część jednolitej operacji. W związku z tym dokonana wypłata zysków okazała się w rzeczywistości częścią wynagrodzenia na zbycie, a zatem wypłatą gotówkową dokonaną w ramach wymiany udziałów. Ponieważ rzeczona wypłata gotówkowa wynosiła powyżej 10% wartości nominalnej przeniesionych udziałów, przepisy dotyczące zwolnienia wymiany udziałów od podatku nie znajdują do niej zastosowania.

33. Te odmienne stanowiska co do oceny na gruncie przepisów podatkowych wypłaty zysków i wymiany udziałów są źródłem sporu w sprawie zawisłej obecnie przed Østre Landsret.

IV — Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym i postępowanie przed Trybunałem

34. Postanowieniem z dnia 3 sierpnia 2004 r., które wpłynęło do sekretariatu Trybunału w dniu 23 sierpnia 2005 r., Østre Landsret postanowił zawiesić toczące się przed nim postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy art. 2 lit. d) dyrektywy 90/434 należy interpretować w ten sposób, że wymiana udziałów w rozumieniu dyrektywy w sprawie

opodatkowania mającego zastosowanie w przypadku łączenia nie zachodzi, jeżeli podmioty uczestniczące w wymianie udziałów jednocześnie z porozumieniem w sprawie wymiany, nie zobowiązując się prawnie, wyrażają wspólną wolę głosowania podczas pierwszego następującego po wymianie walnego zgromadzenia spółki nabywającej za wypłatą zysku, który przekracza 10% wartości nominalnej papierów wartościowych przekazanych przy wymianie udziałów i jeżeli zysk ten rzeczywiście zostanie wypłacony?”.

niektórych operacji, takich jak łączenie lub wymiana udziałów, wspólnej regulacji podatkowej we Wspólnocie¹⁸. Regulacja ta przewiduje przywileje podatkowe. W szczególności art. 8 ust. 1 dyrektywy 90/434 stanowi, że przydział udziałów w spółce nabywającej, następujący w wyniku wymiany udziałów, nie stanowi, jako taki, podstawy opodatkowania dochodu, zysków lub zysków kapitałowych. W ten sposób dąży się do zapewnienia neutralności podatkowej takiej restrukturyzacji oraz zapobieżenia temu, by ciche rezerwy lub inne zwiększenie wartości udziałów zostały opodatkowane przed ich rzeczywistym zrealizowaniem.

35. W trakcie postępowania przed Trybunałem uwagi ustne i na piśmie przedstawili H. Kofoed, rząd duński, rząd Zjednoczonego Królestwa i Komisja Wspólnot Europejskich.

V — Ocena

A — Uwagi wprowadzające

36. Dyrektywa 90/434 ma na celu wyeliminowanie ewentualnych niekorzystnych skutków podatkowych w przypadku transgranicznej restrukturyzacji przedsiębiorstw poprzez wprowadzenie w odniesieniu do

37. Zgodnie z art. 2 lit. d) dyrektywy 90/434 wymiana udziałów w rozumieniu tej dyrektywy oznacza operację, w wyniku której ewentualna wypłata gotówkowa dokonana przez spółkę przejmującą nie przekracza 10% wartości nominalnej lub, w braku wartości nominalnej, wartości księgowej przyznanych udziałów. Regulacja ta ma na celu zapobieżenie temu, by w drodze restrukturyzacji przy wykorzystaniu udogodnień podatkowych osiągnano w szerokim zakresie zyski, w taki sposób, jak gdyby udziały spółki nabywanej były sprzedawane na rynku. Zyski, które w przypadku sprzedaży udziałów na rynku podlegałyby, jako takie, opodatkowaniu, nie mogą w dowolny sposób być wyłączane z opodatkowania tylko dlatego,

18 — Pierwszy, drugi i trzeci motyw dyrektywy 90/434.

że zostały uzyskane w wyniku restrukturyzacji. Pułap w wysokości 10% pozostawia podmiotowi uczestniczącemu w restrukturyzacji pewien zakres swobodnego uznania w odniesieniu do wypłat gotówkowych, które mogą okazać się niezbędne w celu zrekomensowania wartości w przypadku wymiany udziałów.

38. Wreszcie sąd krajowy w przedstawionym pytaniu odnosi się do pojęcia wypłaty gotówkowej, o której mowa w art. 2 lit. d) dyrektywy 90/434. Sąd krajowy zmierza zasadniczo do ustalenia, czy wypłatę gotówkową w rozumieniu tego przepisu stanowi również wypłata zysków spółki nabywającej, która pozostaje w ścisłym związku czasowym z nabyciem przez tę spółkę udziałów w spółce nabywanej, która to wypłata, pomimo że nie została uzgodniona w sposób wiążący, to jednak była od początku przewidywana.

39. W niniejszej sprawie pytanie to ma decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia, czy dokonana w dniu 29 października 1993 r. transakcja, w wyniku której H. Kofoed i N. Toft dokonali na rzecz Dooralong Ltd., jako spółki nabywającej, przeniesienia swoich udziałów w Cosmopolit Holding ApS (spółce nabywanej), otrzymując w zamian udziały w Dooralong Ltd., stanowi wymianę udziałów w rozumieniu dyrektywy 90/434,

tak iż podmioty w niej uczestniczące mogą skorzystać ze zwolnienia od podatku przewidzianego w tej dyrektywie.

40. Jeżeli mianowicie wypłata zysków przez Dooralong Ltd. zostanie uznana — uwzględniając łącznie operacje dokonane w okresie od dnia 29 października 1993 r. i do dnia 3 listopada 1993 r. — za wypłatę gotówkową w rozumieniu art. 2 lit. d) dyrektywy 90/434, to z uwagi na przekroczenie wskazanego w tym przepisie pułapu 10% *nie można przyjąć*, że jest to wymiana udziałów w rozumieniu tego przepisu. W konsekwencji określony w art. 8 ust. 1 dyrektywy 90/434 zakaz opodatkowania dochodu, zysków lub zysków kapitałowych nie znajdowałby zastosowania w niniejszym przypadku. Wypłata zysków dokonana w dniu 3 listopada 1993 r. przewyższała bowiem 10% wartości nominalnej udziałów Dooralong Ltd., które zostały przekazane H. Kofoedowi i N. Toftowi w dniu 29 października 1993 r.

41. Praktyczne skutki niniejszego pytania wykraczają jednakże poza zwykłe wyjaśnienie pojęcia wypłaty gotówkowej. W związku z rzezonym problemem dotyczącym wykładni powstaje bowiem ostatecznie pytanie, jakie formy działania właściwe prawo wspólnotowe przewiduje dla organów krajowych, by mogły one reagować na

zamierzone unikanie opodatkowania, związane z restrukturyzacją spółek kapitałowych.

pojęcie wypłaty gotówkowej w rozumieniu art. 2 lit. d) dyrektywy 90/434 obejmuje również wypłatę zysków przez spółkę nabywającą, taką jak ta, która została dokonana w niniejszym przypadku. Rząd duński i rząd Zjednoczonego Królestwa udzielają na to pytanie odpowiedzi twierdzącej, natomiast H. Kofoed i Komisja zajmują w tej kwestii stanowisko przeciwnie.

42. Aby reagować w odpowiedni sposób, w przypadku takim jak niniejszy, na ewentualne unikanie opodatkowania, na gruncie dyrektywy 90/434 można zasadniczo wyobrazić sobie dwa rodzaje działań, które zostaną omówione poniżej. Po pierwsze, należy rozważyć dokonanie stosunkowo szerokiej wykładni pojęcia wypłaty gotówkowej w rozumieniu art. 2 lit. d) dyrektywy 90/434¹⁹, a po drugie, skorzystanie z określonej w art. 11 ust. 1 lit. a) tej dyrektywy możliwości odmówienia w danym przypadku stosowania lub cofnięcia znajdujących zastosowanie przywilejów podatkowych²⁰. Okoliczność, że duńskie organy podatkowe preferują stosowanie działań pierwszego rodzaju, wydaje się wynikać z faktu, iż w okresie istotnym dla niniejszej sprawy prawo duńskie nie zawierało konkretnych przepisów służących transpozycji art. 11 dyrektywy 90/434.

44. Pojęcie wypłaty gotówkowej nie zostało bliżej zdefiniowane przez prawodawcę wspólnotowego. Zatem znaczenie tego pojęcia oraz jego zakres powinny zostać określone z uwzględnieniem kontekstu prawnego, jak również celów, których realizacji służy dyrektywa 90/434²¹.

B — Pojęcie wypłaty gotówkowej

43. Strony biorące udział w postępowaniu przed Trybunałem toczą spór o to, czy

45. Rozpatrując kontekst prawny, należy wziąć pod uwagę, że wypłata gotówkowa i nabycie udziałów, z którym wiąże się uzyskanie większości praw głosu w nabywanej spółce²², stanowią zgodnie z art. 2 lit. d) dyrektywy 90/434 części składowe tej samej *operacji*. Aczkolwiek wypłata gotówkowa i nabycie udziału większościowego nie muszą stanowić przedmiotu tej samej *czynności*

19 — Zobacz poniżej pkt 43–54 niniejszej opinii.

20 — Zobacz poniżej pkt 55–67 niniejszej opinii.

21 — Zobacz podobnie wyroki: z dnia 7 czerwca 2005 r. w sprawie C-17/03 VEMW i in., Zb.Orz. str. I-4983, pkt 41, z dnia 4 lipca 2006 r. w sprawie C-212/04 Adeneler, Zb.Orz. str. I-6057, pkt 60 i z dnia 26 października 2006 r. w sprawie C-36/05 Komisja przeciwko Hiszpanii, Zb.Orz. str. I-10313, pkt 25.

22 — W celu uproszczenia w dalszej części opinii będzie używane pojęcie (nabycia) *udziału większościowego*.

*prawnej*²³, to jednak pozostają one ze sobą w ścisłym związku. Wpłata gotówkowa jest integralną częścią wynagrodzenia, jakie spółka nabywająca przekazuje w zamian za uzyskanie udziału większościowego w spółce nabywanej²⁴.

46. Toteż nie każda płatność, której spółka nabywająca dokonuje na rzecz udziałowców spółki nabywanej, może zostać uznana za wypłatę gotówkową, nawet jeśli została ona z góry zaplanowana przez zainteresowanych i nastąpiła w ścisłym związku czasowym z nabyciem udziału większościowego. Rozstrzygające jest raczej to, czy taka płatność ma charakter *wynagrodzenia* za nabycie udziału większościowego oraz czy została w związku z tym ustalona w sposób wiążący jako dodatkowe wynagrodzenie, poza wynagrodzeniem wyrażonym w udziałach spółki nabywającej. Ustalenie tego faktu wymaga

dokonania obiektywnej oceny wszystkich okoliczności danego przypadku²⁵.

47. Toteż w przypadku późniejszej wypłaty zysków, takiej jak rozpatrywana w niniejszej sprawie, należy również zbadać, czy istnieją konkretne wskazówki świadczące o tym, że płatność taka stanowiła część ustalonego w sposób wiążący wynagrodzenia za nabycie udziału większościowego. Wskazówki tego rodzaju mogą wynikać w szczególności z pisemnych porozumień zainteresowanych, a także z wszelkich pozostałych okoliczności danego przypadku. Jeżeli natomiast nie można w wystarczającym stopniu udowodnić, jak najwyraźniej przyjął to sąd krajowy w niniejszym przypadku, że dokonana w okresie późniejszym płatność stanowi część uzgodnionego w sposób wiążący wynagrodzenia, wówczas należy uznać kwalifikację dokonaną przez zainteresowanych za prawidłową. Płatność, taką jak ta będąca przedmiotem sporu, należy w takim przypadku traktować jako wypłatę zysków, a nie jako wypłatę gotówkową.

23 — Wśród różnych wersji językowych art. 2 lit. d) dyrektywy 90/434 jedynie w wersji niderlandzkiej użyto stosunkowo wąskiego pojęcia „rechtshandeling”, natomiast w wersjach: czeskiej („operace”), duńskiej („transaktion”), greckiej („πρόζη”), angielskiej („operation”), hiszpańskiej („operación”), estońskiej („tehing”), fińskiej („liiketoimi”), francuskiej („opération”), węgierskiej („művellet”) włoskiej („operazione”), litewskiej („operacija”), łotewskiej („operācija”), maltańskiej („hidma”), polskiej („operacja”), portugalskiej („operação”), słowackiej („operácia”), słoweńskiej („operacija”) i szwedzkiej („förfarande”), użyto na ogół szeroki pojęć, które odpowiadają niemieckiemu pojęciu „Vorgang”.

24 — Od dnia wejścia w życie dyrektywy 2005/19 wypłata gotówkowa w rozumieniu art. 2 lit d) dyrektywy 90/434 może zostać dokonana także w zamian za nabycie kolejnych udziałów, które służą zwiększeniu zakresu posiadanej już kontroli. Przedstawione w dalszej części rozważania znajdują zastosowanie również do przypadku tego rodzaju.

48. Za ograniczeniem rozumienia pojęcia wypłaty gotówkowej do rzeczywistego wynagrodzenia za nabycie udziału większościowego przemawiają także cele, których

25 — Konieczność dokonania oceny wszystkich okoliczności danego przypadku została podkreślona również w wyroku z dnia 15 stycznia 2002 r. w sprawie C-43/00 Andersen og Jensen, Rec. str. I-379, pkt 25, 26 i 37, który dotyczy także wykładni dyrektywy 90/434, nawet w odniesieniu do art. 2 pkt c) lit. i).

realizacji służy dyrektywa 90/434. Dyrektywa ta ma bowiem na celu wyeliminowanie niekorzystnych skutków podatkowych w odniesieniu do transgranicznej restrukturyzacji przedsiębiorstw — odbywającej się w drodze łączenia lub wymiany udziałów — tak by umożliwić danym przedsiębiorstwom dostosowanie się do wymagań wspólnego rynku, zwiększenie ich produktywności oraz poprawę ich siły konkurencyjnej²⁶. Dla skutecznej realizacji tego celu dyrektywy decydujące znaczenie ma nie tylko to, by transgraniczna restrukturyzacja podlegała wspólnej regulacji podatkowej²⁷, lecz także to, by regulacja ta była przewidywalna dla zainteresowanego podmiotu gospodarczego.

49. Także zasada pewności prawa²⁸, która stanowi podstawową zasadę prawa wspólnotowego i która jako taka powinna być przestrzegana zarówno przez instytucje wspólnotowe, jak i przez państwa członkowskie podczas wykonywania przysługujących im w zakresie stosowania prawa wspólnotowego uprawnień²⁹, wymaga, by właściwa regulacja podatkowa była przewidywalna. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem nakaz pewności prawa obowiązuje w szczególnym zakresie w odniesieniu do przepisów, które mogą mieć konsekwencje

finansowe³⁰. Dotyczy to zwłaszcza dyrektywy 90/434, której przepisy mają decydujące znaczenie dla traktowania transgranicznych restrukturyzacji przedsiębiorstw na gruncie podatkowym.

50. Jeżeli zatem przewidywana jest wymiana udziałów, to zainteresowani powinni mieć możliwość przewidzenia z wystarczającą pewnością, jakie skutki podatkowe będzie miała ta transakcja. Tylko wówczas bowiem mogą oni dokonać rozsądnej oceny, czy operacja tego rodzaju jest dla nich korzystna z gospodarczego punktu widzenia. Skutki podatkowe byłyby trudne do przewidzenia, jeśli istniałoby niebezpieczeństwo, że ocena skutków podatkowych wymiany udziałów wymagałaby późniejszego uwzględnienia płatności, które jedynie zostały dokonane w ścisłym związku czasowym z rzeczoną wymianą, lecz nie zostały ustalone przez zainteresowane podmioty w sposób wiążący jako wynagrodzenie za przyznanie udziałów.

51. Po pierwsze, zainteresowani musieliby w takim przypadku obawiać się, że wymiana udziałów nie zostanie objęta zwolnieniem

26 — Zobacz motywy pierwszy i drugi dyrektywy 90/434.

27 — Zobacz motyw czwarty dyrektywy 90/434.

28 — Podobnie utrwalone orzecznictwo, zob. wyroki: z dnia 14 kwietnia 2005 r. w sprawie C-110/03 Belgia przeciwko Komisji, Zb. Orz. str. I-2801, pkt 30, z dnia 26 października 2006 r. w sprawie C-248/04 Koninklijke Coöperatie Cosun, Zb. Orz. str. I-10211, pkt 79 i z dnia 21 lutego 2006 r. w sprawie C-255/02 Halifax i in., Zb. Orz. str. I-1609, pkt 72.

29 — Wyroki: z dnia 26 kwietnia 2005 r. w sprawie C-376/02 „Goed Wonen”, Zb. Orz. str. I-3445, pkt 32 i z dnia 14 września 2006 r. w sprawach połączonych od C-181/04 do C-183/04 Elmeka, Zb. Orz. str. I-8167, pkt 31; podobnie wyroki: z dnia 3 maja 2005 r. w sprawach C-387/02, C-391/02 oraz C-403/02 Berlusconi, Zb. Orz. str. I-3565, pkt 69 i z dnia 11 lipca 2006 r. w sprawie C-13/05 Chacón Navas, Zb. Orz. str. I-6467, pkt 56.

30 — Wyżej wymieniony w przypisie 28 wyrok w sprawie Koninklijke Coöperatie Consun, pkt 79; zob. również wyroki: z dnia 15 grudnia 1987 r. w sprawie 326/85 Niderlandy przeciwko Komisji, Rec. str. 5091, pkt 24 i z dnia 12 lutego 2004 r. w sprawie C-236/02 Slob, Rec. 2004 str. I-1861, pkt 37 i z dnia 16 marca 2006 w sprawie C-94/05 Emsland-Stärke, Zb. Orz. 2006 str. I-2619, pkt 43.

dochodu, zysków lub zysków kapitałowych od podatku zgodnie z art. 8 ust. 1 dyrektywy 90/434. Po drugie, należy wziąć pod uwagę, że opodatkowanie wypłaty zysków, która miała miejsce wkrótce potem zgodnie z prawem krajowym mogłoby mieć zróżnicowaną wysokość w zależności od tego, czy zostałyby ona opodatkowana tak jak dywidendy, czy też uznana za wypłatę gotówkową i opodatkowana zgodnie z zasadami określonymi w art. 8 ust. 4 dyrektywy.

52. Rozszerzającej wykładni pojęcia wypłaty gotówkowej nie uzasadnia także cel dyrektywy 90/434, polegający na ochronie interesów finansowych danych państw członkowskich oraz umożliwieniu im zwalczania uchylania się od podatków lub unikania opodatkowania³¹. Po pierwsze, prawodawca wspólnotowy zamieścił w tym celu w dyrektywie 90/434 przepis szczególny, jak wynika z treści art. 11 ust. 1 lit. a). Po drugie, *ogólne rozszerzenie* pojęcia wypłaty gotówkowej wykraczałoby ponad to, co jest konieczne w celu ochrony interesów finansowych państw członkowskich, jak również zwalczania uchylania się od podatków lub unikania opodatkowania, nie naruszając jednocześnie koniecznej przewidywalności wspólnej regulacji podatkowej dla zainteresowanych przedsiębiorstw.

31 — Motyw czwarty i dziewiąty dyrektywy 90/434.

53. Podobnie Trybunał orzekł w wyroku w sprawie Leur-Bloem, stwierdzając, że przewidziana w dyrektywie 90/434 wspólna regulacja podatkowa obowiązuje niezależnie od tego, czy przyczyny wymiany udziałów mają charakter finansowy, gospodarczy czy też czysto podatkowy³². Z powyższego wynika, że w procesie dokonywania wykładni pojęcia wypłaty gotówkowej motyw danej transakcji nie powinny odgrywać żadnej roli, powinny one zostać natomiast uwzględnione zgodnie z art. 11 dyrektywy 90/434 w ramach prowadzonej w danym przypadku kontroli nadużyć³³.

54. Toteż zarówno względy systemowe, jak i teleologiczne przemawiają przeciwko szerokiej wykładni pojęcia wypłaty gotówkowej w rozumieniu art. 2 lit. d) dyrektywy 90/434, lecz za ograniczeniem tego pojęcia do rzeczywistych płatności za nabycie udziału większościowego. Na tym tle można przedstawić następujące stwierdzenie:

Płatności dokonywane przez spółkę nabywającą, takie jak na przykład wypłata zysków, która nie została ustalona w sposób wiążący jako wynagrodzenie za uzyskane przez nią udziały, które zapewniają jej

32 — Wyrok z dnia 17 lipca 1997 r. w sprawie C-28/95 Leur-Bloem, Rec. str. I-4161, pkt 36.

33 — Również w ww. w przypisie 32 wyroku w sprawie Leur-Bloem, pkt 41 i 44, podkreślono, że ocena powodów dokonania wymiany udziałów uzależniona jest od dokładnego zbadania konkretnego przypadku.

większość praw głosu w nabywanej spółce, nie stanowią wypłaty gotówkowej w rozumieniu art. 2 lit. d) dyrektywy 90/434, nawet jeśli zostały zaplanowane z góry przez zainteresowane podmioty i zostały dokonane w ścisłym związku czasowym z nabyciem rzeczoności udziału³⁴.

oszustw podatkowych i unikania opodatkowania³⁵. Zaproponowana ścisła wykładnia pojęcia wypłaty gotówkowej³⁶ nie pozostaje w żadnym wypadku w sprzeczności z tym celem. Realizacji tego właśnie celu w znacznym stopniu służy art. 11 ust. 1 lit. a) dyrektywy 90/434.

C — Możliwość przeciwdziałania zamierzonemu unikaniu opodatkowania

55. Pozostaje zbadać, w jakim zakresie organy administracji krajowej mogą w przypadku takim jak niniejszy przeciwdziałać ewentualnie zamierzonemu unikaniu opodatkowania, związanemu z wymianą udziałów.

56. Jak już wskazano, do celów dyrektywy 90/434 należy ochrona interesów finansowych państw członkowskich oraz umożliwienie im skutecznego zwalczania

57. Przepis ten jest wreszcie wyrazem tego, co zostało także uznane w utrwalonym orzecznictwie: nie można powoływać się na normy prawa wspólnotowego w celach nieuczciwych lub stanowiących nadużycie. Nie można bowiem rozszerzać zakresu stosowania uregulowania wspólnotowego tak, aby objąć nim nadużycia podmiotów gospodarczych, to znaczy transakcje, które nie są przeprowadzane w ramach zwykłych transakcji handlowych, lecz wyłącznie w celu nadużycia korzyści przewidzianych w prawie wspólnotowym³⁷.

58. Oczywiście samo skorzystanie z możliwości przewidzianych w prawie wspólnotowym — w tym przypadku w dyrek-

34 — Jedynie w celu zachowania zupełności wyводу należy wskazać, że stwierdzenie to od dnia wejścia w życie dyrektywy 2005/19 znajduje zastosowanie także do nabycia dalszych udziałów, które pozwala na zwiększenie zakresu istniejącej już kontroli spółki nabywającej nad spółką nabywaną.

35 — Zobacz powyżej pkt 52 i przypis 31 niniejszej opinii.

36 — Zobacz również pkt 43–54 niniejszej opinii.

37 — Wyroki: z dnia 9 marca 1999 r. w sprawie C-212/97 Centros, Rec. str. I-1459, pkt 24 i zawarte tam odesłania, z dnia 6 kwietnia 2006 r. w sprawie C-456/04 Agip Petroli, Zb.Orz. str. I-3395, pkt 20, z dnia 12 września 2006 r. w sprawie C-196/04 Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas, Zb.Orz. str. I-7995, pkt 35 i ww. w przypisie 28 wyrok w sprawie Halifax, pkt 68 i 69.

tywie 90/434 — nie może uzasadnić podejrzenia popełnienia nadużycia³⁸. Zgodnie z art. 11 ust. 1 lit. a) dyrektywy 90/434 państwa członkowskie mogą jednak odmówić w całości lub w części stosowania lub cofnąć przywileje wynikające z tej dyrektywy w przypadku wymiany udziałów, jeśli zasadniczym celem lub jednym z zasadniczych celów takiej transakcji jest uchylanie się od podatków lub unikanie opodatkowania.

59. Jako typowy przykład istnienia takiego celu wskazano w art. 11 ust. 1 lit. a) zdanie drugie dyrektywy 90/434 brak gospodarczego uzasadnienia transakcji. W przypadku takim jak niniejszy, w którym zgodnie z ustaleniami faktycznymi dokonanymi przez sąd krajowy wymiana udziałów nie służyła realizacji żadnego konkretnego celu gospodarczego, lecz zmniejszeniu obciążenia podatkowego³⁹, należy jak najbardziej rozważyć odmowę zwolnienia od podatku przewidzianego w art. 8 ust. 1 dyrektywy 90/434. Wymiana udziałów, która ma na celu jedynie uzyskanie korzyści podatkowych, nie służy realizacji żadnego rozsądnego celu gospodarczego

38 — Podobnie, w odniesieniu do korzystania ze swobody podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej (art. 43 WE), ww.w. w przypisie 37 wyrok w sprawie Centros, pkt 27 i ww. w przypisie 37 wyrok w sprawie Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas, pkt 36–38.

39 — Zainteresowane podmioty były najwidoczniej świadome, że wejście w życie nowej, mniej dla nich korzystnej duńsko-irlandzkiej umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania ma wkrótce nastąpić, tak iż w owym czasie stanowiło to dla nich zachętę do zmniejszenia obciążenia podatkowego poprzez wymianę udziałów oraz towarzyszącą jej wypłatę zysków przez spółkę irlandzką, zob. pkt 29 i 30 niniejszej opinii.

w rozumieniu tej dyrektywy⁴⁰. Niezależnie od powyższego, także ścisły związek czasowy między wypłatą zysków i przeprowadzeniem wymiany może wskazywać na ewentualne nadużycie możliwości przewidzianych w dyrektywie 90/434. Podobnie należy ocenić okoliczność, że zainteresowane podmioty działały, posiadając wiedzę na temat mającej wkrótce nastąpić zmiany duńsko-irlandzkiej umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania.

60. To, czy w konkretnym przypadku uzasadniona jest odmowa w całości lub w części lub cofnięcie korzyści podatkowej przewidzianej w dyrektywie 90/434 w odniesieniu do wymiany udziałów, zależne jest od całościowej oceny okoliczności danego przypadku, której dokonanie należy do właściwych organów administracji krajowej. Ocena taka powinna podlegać kontroli sądowej⁴¹.

61. Niniejszy przypadek wyróżnia szczególna okoliczność, iż prawo duńskie w okresie istotnym dla sprawy nie zawierało konkretnego przepisu mającego na celu transpozycję art. 11 ust. 1 lit. a) dyrektywy 90/434. W związku z powyższym w szczególności H. Kofoed jest zdania, że odmówiono mu korzyści podatkowych określonych w dyrektywie 90/434 niezgodnie z prawem.

40 — Wyżej wymieniony w przypisie 32 wyrok w sprawie Leur-Bloem, pkt 47.

41 — Wyżej wymieniony w przypisie 32 wyrok w sprawie Leur-Bloem, pkt 41.

62. Jednakże formalne powtórzenie przepisów dyrektywy w konkretnym przepisie prawa krajowego nie zawsze jest konieczne. Transpozycja dyrektywy, w zależności od jej treści, może zostać dokonana poprzez odwołanie się do ogólnego kontekstu prawnego, w tym poprzez odwołanie się do ogólnych zasad krajowego prawa konstytucyjnego lub administracyjnego, pod warunkiem że zostanie zapewnione w sposób wystarczająco jasny i precyzyjny pełne stosowanie przepisów dyrektywy⁴².

63. Do sądu krajowego należy zbadanie, czy do niniejszego przypadku znajdują zastosowanie przepisy ogólne lub podstawowe zasady prawa krajowego, z których wynika pominięcie czynności pozornych w kontekście skutków podatkowych lub zakaz stanowiącego nadużycie powoływania się na określone korzyści podatkowe. Ponadto możliwe jest stosowanie przepisów ogólnych prawa krajowego dotyczących uchylania się od podatków lub unikania opodatkowania⁴³. W trakcie procedury ustnej przed Trybunałem stanowiska pełnomocników H. Kofoeda i rządu duńskiego co do tego, jakie możliwości w tym zakresie przewiduje prawo duńskie, były rozbieżne.

64. Oczywiście jest, że wszelkie uregulowania, niezależnie od tego, czy zostały przyjęte

w celu transpozycji dyrektywy 90/434, czy też nie, powinny być interpretowane i stosowane zgodnie z prawem wspólnotowym, a w szczególności z brzmieniem i celami dyrektywy 90/434, jak również art. 11 ust. 1 lit. a) tej dyrektywy⁴⁴.

65. Dokonaniu wykładni prawa krajowego zgodnie z prawem wspólnotowym nie stoi na przeszkodzie okoliczność, że wykładnia taka może okazać się niekorzystna dla jednostki. Stosowanie prawa wspólnotowego za pośrednictwem przepisów prawa krajowego, czyli *pośrednie* stosowanie prawa wspólnotowego na niekorzyść jednostki jest dopuszczalne⁴⁵.

66. Jedynie *bezpośrednie* stosowanie art. 11 ust. 1 lit. a) dyrektywy 90/434 na niekorzyść H. Kofoeda i N. Tofta przez organy duńskiej administracji jest zakazane. Państwo członkowskie nie może bowiem powoływać się wobec jednostki na postanow-

44 — W odniesieniu do obowiązku dokonywania przez sądy krajowe wykładni prawa krajowego zgodnie z dyrektywami zob. utrwalone orzecznictwo, a w szczególności wyroki: z dnia 10 kwietnia 1984 r. w sprawie 14/83 Von Colson i Kamann, Rec. str. 1891, pkt 26, z dnia 5 października 2004 r. w sprawach połączonych od C-397/01 do C-403/01 Pfeiffer i in., Zb.Orz. str. I-8835, pkt 113–119 oraz przywołane tam odesłania, jak również ww.w przypisie 21 wyrok w sprawie Adeneler, pkt 108, 109 i 111.

45 — Przyjmuje się, że obowiązek dokonywania wykładni prawa krajowego zgodnie z dyrektywami obowiązuje również w odniesieniu do stosunków prawnych, w których nieuchronnie niekorzystne konsekwencje poniesie osoba fizyczna. Do tych stosunków prawnych należą po pierwsze, horyzontalne stosunki prawne, czyli stosunki prawne między osobami fizycznymi, zob. wyroki: z dnia 13 listopada 1990 r. w sprawie C-106/89 Marleasing, Rec. str. I-4135, pkt 6 i 8 oraz z dnia 14 lipca 1994 r. w sprawie C-91/92 Faccini Dori, Rec. str. I-3325, pkt 20, 25 i 26, a po drugie, tzw. stosunki trójstronne, zob. wyrok: z dnia 7 stycznia 2004 r. w sprawie C-201/02 Wells, Rec. str. I-723, pkt 57 oraz przywołane tam odesłania. Zobacz podobnie moją opinię z dnia 14 października 2004 r. w sprawach połączonych C-387/02, C-391/02 i C-403/02 Berlusconi i in., Zb.Orz. str. I-3565, pkt 153).

42 — Podobnie utrwalone orzecznictwo, zob. na przykład wyroki: z dnia 16 czerwca 2005 r. w sprawie C-456/03 Komisja przeciwko Włochom, Zb.Orz. str. I-5335, pkt 51 i z dnia 6 kwietnia 2006 r. w sprawie C-428/04 Komisja przeciwko Austrii, Zb.Orz. str. I-3325, pkt 99.

43 — Podobnie na przykład wyrok z dnia 19 stycznia 1982 r. w sprawie 8/81 Becker, Rec. str. 53, pkt 34.

ienia dyrektywy, których transpozycji nie dokonała⁴⁶. Zgodnie bowiem z utrwalonym orzecznictwem dyrektywa nie może *sama* stanowić podstawy obowiązków dla jednostki i dlatego nie może ona być *jako taka* wobec niej powołana⁴⁷.

dyrektywa, zostałyby zagrożona⁴⁹. Ponadto także wspomniany już zakaz bezpośredniego stosowania postanowień dyrektyw, które nie zostały transponowane, na niekorzyść jednostki zostałyby w ten sposób podważony⁵⁰.

67. Właściwe organy administracji także nie mogą powoływać się *bezpośrednio* wobec jednostki na ogólną zasadę prawa wspólnotowego, zgodnie z którą nadużycie prawa jest zakazane. Zasada taka została bowiem wyraźnie określona i skonkretyzowana w art. 11 ust. 1 lit. a) dyrektywy 90/434 w odniesieniu do przypadków, które podlegają zakresowi stosowania tej dyrektywy⁴⁸. Gdyby ponadto dopuszczalne było bezpośrednie stosowanie ogólnej zasady prawa, której treść jest w znacznie mniejszym zakresie jasna i precyzyjna, istniałoby tu niebezpieczeństwo, że określony w dyrektywie 90/434 cel harmonizacji uregulowań zostałyby zaprzeczony, a pewność prawa w zakresie restrukturyzacji spółek kapitałowych, której zapewnieniu służy

68. Mając na uwadze powyższe, należy wskazać, co następuje:

Aby dokonać w konkretnym przypadku w całości lub w części odmowy stosowania lub cofnąć stosowanie tytułu II dyrektywy 90/434, nie jest konieczny konkretny przepis mający na celu transpozycję art. 11 ust. 1 lit. a) dyrektywy 90/434. W tym celu należy raczej odwołać się do przepisów ogólnych prawa krajowego, w tym do ogólnych zasad krajowego prawa konstytucyjnego lub administracyjnego, pod warunkiem że będą one interpretowane i stosowane zgodnie z prawem wspólnotowym, a w szczególności zgodnie z celami dyrektywy 90/434, jak również z art. 11 ust. 1 lit. a) tej dyrektywy. Bezpośrednie stosowanie art. 11 ust. 1 lit. a) dyrektywy 90/434 na niekorzyść jednostki jest natomiast niedopuszczalne w takim samym stopniu jak bezpośrednie stosowanie określonego w prawie wspólnotowym ogólnego zakazu nadużycia prawa.

46 — Wyroki: z dnia 19 listopada 1991 r. w sprawach połączonych C-6/90 i C-9/90 Francovich i in., Rec. str. I-5357, pkt 21, z dnia 26 września 1996 r. w sprawie C-168/95 Arcaro, Rec. str. I-4705, pkt 42, z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-102/02 Beuttenmüller, Rec. str. I-5405, pkt 63 i z dnia 30 marca 2006 r. w sprawie C-184/04 Uudenkaupungin kaupunki, Zb. Orz. str. I-3039, pkt 28.

47 — Zobacz ww. w przypisie 44 wyrok w sprawie Pfeiffer, pkt 108 oraz powołane tam odesłania i ww. w przypisie 29 wyrok w sprawie Berlusconi, pkt 73; podkreślenia pochodzą ode mnie.

48 — Ponadto przepisy krajowe obowiązujące w dziedzinie, która została w pełni zharmonizowana na szczeblu wspólnotowym, należy oceniać na podstawie tych przepisów harmonizujących, a nie na podstawie prawa pierwotnego; wyroki: z dnia 13 grudnia 2001 r. w sprawie C-324/99 DaimlerChrysler, Rec. str. I-9897, pkt 32 oraz z dnia 14 grudnia 2004 r. w sprawie C-210/03 Swedish Match, Zb.Orz. str. I-11893, pkt 81. Nie narusza to możliwości dokonania oceny legalności prawa wtórnego zgodnie z art. 220 i nast. WE w odniesieniu do prawa pierwotnego wyższej rangi.

49 — Zobacz w szczególności pkt 48–51 niniejszej opinii.

50 — W tej kwestii niejasny jest wyrok z dnia 22 listopada 2005 r. w sprawie C-144/04 Mangold, Zb.Orz. str. I-9981, pkt 74–77.

VI — Wnioski

69. W związku z przedstawionymi powyżej rozważaniami proponuję, aby Trybunał udzielił Østre Landsret następującej odpowiedzi:

- 1) Płatności dokonywane przez spółkę nabywającą, takie jak na przykład wypłata zysków, która nie została ustalona w sposób wiążący jako wynagrodzenie za uzyskane przez nią udziały, które zapewniają jej większość praw głosu w nabywanej spółce, nie stanowią wypłaty gotówkowej w rozumieniu art. 2 lit. d) dyrektywy 90/434, nawet jeśli zostały zaplanowane z góry przez zainteresowane podmioty i zostały dokonane w ścisłym związku czasowym z nabyciem rzeczonych udziałów.

- 2) Aby dokonać w konkretnym przypadku w całości lub w części odmowy stosowania lub cofnąć stosowanie tytułu II dyrektywy 90/434 nie jest konieczny konkretny przepis mający na celu transpozycję art. 11 ust. 1 lit. a) dyrektywy 90/434. W tym celu należy raczej odwołać się do przepisów ogólnych prawa krajowego, w tym do ogólnych zasad krajowego prawa konstytucyjnego lub administracyjnego, pod warunkiem że będą one interpretowane i stosowane zgodnie z prawem wspólnotowym, a w szczególności zgodnie z celami dyrektywy 90/434, jak również art. 11 ust. 1 lit. a) tej dyrektywy. Bezpośrednie stosowanie art. 11 ust. 1 lit. a) dyrektywy 90/434 na niekorzyść jednostki jest natomiast niedopuszczalne w takim samym stopniu jak bezpośrednie stosowanie określonego w prawie wspólnotowym ogólnego zakazu nadużycia prawa.