STANOVISKO GENERÁLNÍ ADVOKÁTKY JULIANE KOKOTT ze dne 26. května 2005 [1]

I – Úvod

1. Před Corte Suprema di Cassazione byla zpochybněna legalita daně z operace práva obchodních společností, kterou lze označit jako „obrácená" fúze dvou akciových společností. Touto operací je mateřská společnost, která má v držení 100% akcií svých dceřiných společností, sloučena s dceřinou společností. Podstatou žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce Corte Suprema di Cassazione je, zda takový případ spadá do působnosti směrnice Rady 69/335/EHS ze dne 17. července 1969 o nepřímých daních z kapitálových vkladů [2] (dále jen „směrnice 69/335"). Potom by tato operace podléhala pouze směrnici o harmonizované dani z kapitálu. Jestliže se však směrnice na obrácené fúze nepoužije, mohou členské státy zdanit takovou operaci jinak.

II – Právní rámec

A – *Právo Společenství*

2. Podle článku 1 směrnice 69/335 ukládají členské státy harmonizovanou daň – daň z kapitálu – na kapitálové vklady do kapitálových společností.

3. Článek 4 směrnice 69/335 stanoví okruh operací podléhajících dani takto:

„(1) Předmětem daně z kapitálu jsou tyto operace:

[...]

1 — Původní jazyk: němčina.

2 — Úř. věst. L 249, s. 25; Zvl. vyd. 09/01, s. 11, naposledy změněná Aktem o podmínkách přistoupení České republiky, Estonské republiky, Kyperské republiky, Lotyšské republiky, Litevské republiky, Maďarské republiky, Republiky Malta, Polské republiky, Republiky Slovinsko a Slovenské republiky a o úpravě smluv zakládajících Evropskou unii – Příloha II: Seznam podle článku 20 přístupové smlouvy –, Úř. věst. 2003, L 236, s. 555.

c) zvýšení základního kapitálu kapitálové společnosti vkladem majetku jakéhokoli druhu;

[...]“

d) zvýšení obchodního majetku kapitálové společnosti vkladem majetku jakéhokoli druhu, jehož protihodnotou není poskytnutí podílu na základním kapitálu nebo aktivech společnosti, ale práva obdobná právům společníků, jako je právo hlasovat, podíl na zisku nebo podíl na likvidačním zůstatku;

4. Podle článku 7 směrnice 69/335 osvobodí členské státy operace, které byly dne 1. července 1984 podle tehdy platných podmínek osvobozené od daně nebo podléhaly zvýhodněné sazbě daně z kapitálu ve výši 0,5% [3]. Osvobození platí následně pro vklad nejméně 75% podílů kapitálové společnosti do kapitálové společnosti, která se zakládá nebo již existuje, přičemž protihodnotou vkladu budou v podstatě podíly ve společnosti (mateřské společnosti).

[...]

(2) Předmětem daně z kapitálu mohu být tyto operace v rozsahu, v němž podléhaly k 1. červenci 1984 daňové sazbě 1%:

5. Konečně stanoví článek 10 směrnice 69/335:

[...]

„Vedle daně z kapitálu neukládají členské státy ukládat společnostem, sdružením nebo

b) zvýšení obchodního majetku kapitálové společnosti prostřednictvím služeb poskytnutých některým společníkem, které nemají za následek zvýšení základního kapitálu společnosti, avšak jejich protihodnotou je změna v právech společníků nebo mohou zvýšit hodnotu podílů na [ve] společnosti,

3 — Operace, které jsou osvobozeny, vyplývají z čl. 7 odst. 1, ve znění směrnic 73/79/EHS (Úř. věst. 1973 L 103, s. 13) a 73/80/EHS (Úř. věst. 1973 L 103, s. 15), který stanovil následující:
„bb) může být sazba daně z kapitálu snížena o nejméně 50%, jestliže kapitálová společnost, která je zakládána nebo již existuje, obdrží podíly, které představují nejméně 75% základního kapitálu vydaného dříve jinou kapitálovou společností.
[...]
Toto snížení se provede jen tehdy, jestliže – je protihodnotou vkladu výlučně předání podílů na [ve] společnost [společnosti], [...]“. *(neoficiální překlad).*

právnickým osobám žádné jiné daně nebo poplatky

a) z operací uvedených v článku 4;

b) z vkladů, půjček a služeb, které jsou součástí operací uvedených v článku 4;

c) z registrace nebo jakékoli jiné formality požadované od společnosti, sdružení nebo právnické osoby založené za účelem zisku na základě její právní formy."

B – *Italské právo*

6. Podle údajů předkládajícího soudu byl v době skutkového stavu v původním řízení použitelný čl. 4 odst. 1 písm. b) prvé části sazebníku v příloze nařízení prezidenta republiky č. 131 ze dne 26. dubna 1986 ve znění před změnou provedenou článkem 10 legislativního nařízení č. 323 ze dne 20. června 1996 (přeměněno na zákon č. 425 ze dne 8. srpna 1996).

7. Podle něho podléhaly fúze všech forem společností dani z kapitálu ve výši 1% majetku zanikající, resp. nástupnické společnosti. Vyměřovací základ pro zdanění přitom vyplývá – stejně jako soukromoprávní podmínky fúzí společností – z článků 2501 a násl. Codice Civile, jejichž přesný obsah je však pro probíhající řízení dále nerelevantní.

III – Skutkový stav, řízení a předběžná otázka

8. Aro Tubi Trafilerie SpA, žalobkyně v původním řízení (dále jen „Aro Tubi") je akciovou společností italského práva. Aro Tubi byla stoprocentní dceřinou společností Fratelli Gaggini SpA (dále jen „Fratelli Gaggini"). Kromě toho měla Aro Tubi v držení stoprocentní podíl ve společnosti Aro Tubi Estrusi e Profilati SpA. Notářským zápisem ze dne 19. prosince 1995 se s Aro Tubi sloučily její mateřská společnost Fratelli Gaggini, jakož i její dceřiná společnost Aro Tubi Estrusi e Profilati SpA. Akcie zanikající společnosti Fratelli Gaggini byly vzaty z oběhu; jejich akcionáři obdrželi jako protihodnotu podíly v nástupnické společnosti Aro Tubi, které byly dříve v držení její mateřské společnosti Fratelli Gaggini. Výsledně tedy nabyly fyzické osoby, které se původně ve společnosti podílely pouze

nepřímo přes společnosti Fratelli Gaggini, „obrácenou" fúzí přímý podíl v Aro Tubi, neboť Fratelli Gaggini zanikla.

9. Při zápisu této fúze do veřejných rejstříků byla Aro Tubi uložena registrační daň ve výši 1% majetku zanikající společnosti, Aro Tubi Estrusi e Profilati SpA a Fratelli Gaggini.

10. Po odvedení této daně požádala Aro Tubi o vrácení zaplacené částky, neboť považovala odvod za neslučitelný se směrnicí 69/335. Proti implicitnímu zamítnutí této žádosti podala úspěšně žalobu u Commissione Tributaria Provinciale v Miláně, jehož rozsudek byl však po odvolání státní finanční správy zrušen Commissione Tributaria Regionale v Lombardii.

11. Corte Suprema di Cassazione, zabývající se kasační stížností podanou proti tomuto rozsudku, položila Soudnímu dvoru usnesením ze dne 6. listopadu 2003 v tomto smyslu [4] předběžnou otázku, zda je slučitelné se směrnicí 69/335 uložení registrační daně ve výši 1% majetku zanikající společnosti z důvodu sloučení společnosti s jinou společností, jejíž podíly byly dříve zcela v držení zanikající společnosti.

12. V řízení před Soudním dvorem předložily žalobkyně v původním řízení, italská vláda a Komise vyjádření.

IV – Argumenty účastníků řízení

13. Italská vláda odkazuje v podstatě na rozsudek ve věci C-152/97 [5] (AGAS). Z něho vyplývá, že fúze dvou společností nespadá do působnosti směrnice 69/335, pokud je dceřiná společnost, jejíž podíly jsou výlučně ve vlastnictví její mateřské společnosti, sloučena s mateřskou společností (tzv. „nepravá" fúze).

14. Zde projednávaný případ „obrácené" fúze – tedy sloučení matky s dcerou – nelze podle italské vlády posuzovat jinak než „nepravou" fúzi a nespadá rovněž do působnosti směrnice. Kromě toho nevede sloučení

4 — Výslovně takto formulovanou otázku usnesení neobsahuje.

5 — Rozsudek ze dne 27. října 1998, Abruzzi Gas v. Amministrazione Tributaria di Milano, C-152/97 (Recueil, s. I-6553).

– posuzováno obecně – ani k posílení hospodářského potenciálu společnosti, což Soudní dvůr považoval za zásadní pro operaci, která spadá do působnosti směrnice 69/335.

15. Oproti tomu Aro Tubi se domnívá, že uložení registrační daně v projednávaném případě není slučitelné se směrnicí 69/335. Závěry rozsudku AGAS[6] nelze přenést na projednávaný případ, neboť s „obrácenou" fúzí je z důvodu hospodářských a právních rozdílů třeba zacházet jinak než s „nepravou" fúzí.

16. „Obrácená" fúze vede podle Aro Tubi k posílení hospodářského potenciálu dceřiné společnosti, neboť dceřiná společnost přebírá obchodní majetek mateřské společnosti. Proto je směrnice 69/335 použitelná a na Aro Tubi se vztahuje osvobození od daně podle článku 7 směrnice 69/335.

17. Komise konečně zastává intermediární názor. Podle ní se „obrácená" fúze rovná „nepravé" fúzi a nespadá do působnosti směrnice 69/335 jen tehdy, pokud nevede k posílení hospodářského potenciálu nástupnické společnosti. To platí pouze pokud zanikající společnost nemá v držení žádné jiné podíly kromě podílu v nástupnické společnosti, tak jak je tomu v původním řízení.

18. Jestliže má však zanikající společnost naopak v držení podíly v dalších společnostech, zvyšuje se sloučením hospodářský potenciál nástupnické společnosti a výjimečné okolnosti judikatury „AGAS"[7] – kterou je beztak možno kritizovat – nejsou dány. Při takové konstelaci je tedy směrnice 69/335 použitelná.

V – Právní posouzení

19. Podstatou první otázky předkládajícího soudu je, zda ustanovení směrnice 69/335 brání ukládání registrační daně v případě „opačné" fúze, při níž má zanikající společnost v držení veškeré obchodní podíly v nástupnické společnosti.

6 — Viz výše, poznámka pod čarou 5.

7 — Rozsudek AGAS (viz výše, poznámka pod čarou 5).

A – *K systematice použití směrnice 69/335*

20. Soudní dvůr poskytl ve své dosavadní judikatuře jednoznačné pokyny k systematice použití směrnice 69/335. V rozsudku Bautiaa a Société française maritime [8] k tomu uvedl:

„Ke kvalifikaci sporného práva, pokud jde o směrnici 69/335, a k posouzení jeho souladu s touto směrnicí, zvláště co se týče použitelných sazeb, je zaprvé třeba zkoumat, zda operace jako ty, které v obou sporech v původním řízení vedly k uložení daně z kapitálu, spadají do působnosti směrnice 69/335 a zda je třeba je s ohledem na tuto směrnici kvalifikovat."

21. Stejně rozhodl Soudní dvůr v rozsudku AGAS [9]:

„Z toho vyplývá, že k tomu, aby zkoumaná operace spadala pod směrnici je třeba, aby mohla být vztažena k jednomu z případů, uvedených v jejím článku 4, na který odkazuje čl. 10 písm. a) a b) směrnice."

22. Z toho vyplývá následující pořadí pro použití ustanovení směrnice 69/335. Výchozím bodem je zákaz ukládat jiné daně nebo poplatky kromě harmonizované daně z kapitálu, uvedený v článku 10. Tento zákaz platí podle písmen a) a b) tohoto ustanovení však jen pro daně z operací uvedených v článku 4 směrnice.

23. Je tedy třeba nejprve ověřit, zda může operace odpovídat jednomu z případů stanovených v článku 4, a zda v důsledku toho spadá do působnosti směrnice a zvláště zákazu v článku 10. Teprve pokud se jedná o tento případ, může být na základě zbývajících ustanovení směrnice stanoveno, zda je operace případně osvobozena od zdanění harmonizovanou daní z kapitálu [10].

24. Ze samotné skutečnosti, že jsou splněny předpoklady pro osvobození od daně z kapitálu podle čl. 7 odst. 1 písm. b) směrnice 69/335, nelze – narozdíl od toho, co si zjevně myslí žalobkyně v původním řízení – dovodit, že nemůže být uložena žádná daň z operace, jakou je sporná „obrácená" fúze. Ve skutečnosti je nejprve nutné, aby byla směrnice použitelná, což je třeba přezkoumat pouze na základě článku

8 — Rozsudek ze dne 13. února 1996, Société Bautiaa v. Directeur des services fiscaux des Landes a Société française maritime v. Directeur des services fiscaux du Finistère (C-197/94 a C-252/94, Recueil, s. I-505, bod 31).

9 — Viz výše, poznámka pod čarou 5 (bod 21).

10 — K tomuto postupu viz též stanovisko generálního advokáta Cosmase ze dne 25. června 1998 ve věci C-152/97 (AGAS, viz výše, poznámka pod čarou 5), bod 43.

10 ve spojení s článkem 4. Jestliže operace nespadá do působnosti směrnice, neodporuje směrnice ukládání jiných, neharmonizovaných daní z této operace. V důsledku toho zde nenastupuje osvobození stanovené v článku 7.

B – *Působnost směrnice 69/335*

25. Zákaz formulovaný v čl. 10 odst. a) a b) předpokládá, že dotyčná operace odpovídá jedné z variant článku 4.

1. Článek 4 odst. 1 písm. c) směrnice 69/335

26. Skutkové okolnosti věci v původním řízení by nejprve mohly spadat pod čl. 4 odst. 1 písm. c) směrnice 69/335.

a) Existence zvýšení základního kapitálu

27. „Opačná" fúze by podle toho musela vést ke zvýšení kapitálu nástupnické společnosti vnesením vkladu. Zvýšení upsaného kapitálu obvykle předpokládá buď vydání nových akcií, nebo zvýšení jmenovité hodnoty již vydaných akcií [11]. V bodě 1 c) smlouvy o fúzi předložené Aro Tubi je však výslovně upraveno, že se v tomto smyslu neprovede zvýšení kapitálu nástupnické společnosti (Aro Tubi). Toto je mezi účastníky původního řízení nesporné.

28. Vzhledem k doslovnému znění nemůže být upuštěno od požadavku zvýšení základního kapitálu, jak navrhuje Aro Tubi. Bylo by nicméně možné mít za to, že sporný skutkový stav spadá rovněž pod čl. 4 odst. 1 písm. c) směrnice 69/335, pokud by se pojem „zvýšení základního kapitálu" vykládal šířeji. V projednávaném případě se podíl ve Fratelli Gaggini přeměnil na podíl v Aro Tubi. Akcie Aro Tubi, které byly dříve v držení Fratelli Gaggini, přešly na společníky Fratelli Gaggini. Je sporné, zda lze takový přechod podílů na Aro Tubi postavit na roveň vydání nových akcií, a tím jej kvalifikovat jako zvýšení základního kapitálu v širším slova smyslu.

11 — K tomu viz např. *Académie des science commerciales* (vydavatel), Dictionnaire commercial, 1987, výrazy „capital" a „capital social"; Gabler Wirtschafts-Lexikon (originál), 12. vydání 1988, výrazy „Kapital" a „Kapitalerhöhung".

29. Tento rozšiřující výklad pojmu zvýšení základního kapitálu je třeba odmítnout. Podle judikatury Soudního dvora je třeba podmínky vyžadované článkem 4 směrnice 69/335 vykládat autonomně podle práva Společenství, tj. objektivně a jednotně pro všechny členské státy bez ohledu na zvláštnosti jednotlivých práv a vnitrostátních daňových režimů [12]. Autonomní výklad pojmu zvýšení základního kapitálu podle práva Společenství se nemůže zcela vzdálit od přirozeného významu pojmu.

30. U pojmů kapitálu kapitálové společnosti a zvýšení základního kapitálu se nejedná pouze o právní termíny (práva Společenství), ale také o hospodářské termíny, které mají pevný význam v hospodářské nauce bez ohledu na státy nebo jazyky. Podle nich odpovídá (vlastní) kapitál kapitálové společnosti součtu jmenovitých hodnot podílů ve společnosti, a zvýšení základního kapitálu – nezávisle na jeho formě – tak předpokládá zvýšení buď jmenovité hodnoty, nebo počtu podílů ve společnosti [13]. Bylo by překvapivé, kdyby zákonodárce Společenství, autor směrnice, chtěl přisoudit pojmu zvýšení základního kapitálu ve směrnici jiný význam než ten, který odpovídá ustálené a známé hospodářské terminologii.

31. Z toho vyplývá, že výklad pojmu zvýšení základního kapitálu nemůže vést k tomu, že do něj bude zahrnuta pouhá přeměna nepřímého podílu na podíl přímý v důsledku sloučení s prostředníkem (Fratelli Gaggini). V takovém případě jsou totiž podíly beze změny svého počtu nebo své jmenovité hodnoty přesunuty z prostředníka na společníky, kteří za ním stojí.

32. Přitom není důležité, zda podíly v Aro Tubi, které měla v držení původně Fratelli Gaggini, připadly samotné Aro Tubi a následně byly rozděleny mezi bývalé akcionáře Fratelli Gaggini nebo zda přešly podíly přímo přes Aro Tubi. V obou případech totiž nedošlo ke změně počtu ani hodnoty podílů.

33. Zde zastávanému výkladu pojmu zvýšení základního kapitálu neodporuje, že Soudní dvůr již ve své dosavadní judikatuře považoval fúzi dvou kapitálových společností za zvýšení základního kapitálu ve smyslu čl. 4 odst. 1 písm. c) směrnice 69/335 [14]. Případ tehdy rozhodnutý Soudním dvorem se totiž vyznačoval právě zvýšením nominálního

12 — Rozsudek Société Bautiaa a Société française maritime (viz výše, poznámka pod čarou 8, bod 32); rozsudek AGAS (viz výše, poznámka pod čarou 5, bod 21); a rozsudek ze dne 15. července 1982, Felicitas Rickmers-Linie (270/81, Recueil, s. 2771, bod 14).

13 — Viz odkazy v poznámce pod čarou 10.

14 — Rozsudek Bautiaa a Société française maritime (viz výše v poznámce pod čarou 8, bod 38).

kapitálu nástupnické společnosti vydáním *nových* akcií [15], k čemuž v projednávaném případě nedošlo.

ze zvýšení základního kapitálu pouze na operace, jež jsou právním výrazem vložení kapitálu, a jen v míře, v jaké taková operace přispívá k posílení hospodářského potenciálu společnosti".

b) Posílení hospodářského potenciálu

34. I kdyby se na rozdíl od toho, co bylo výše uvedeno, postavil na roveň zvýšení základního kapitálu ve smyslu čl. 4 odst. 1 písm. c) směrnice 69/335 pouhý přechod akcií Aro Tubi, musela by tato operace každopádně vést k posílení hospodářského potenciálu Aro Tubi. To je totiž, jak Soudní dvůr zdůrazňuje v ustálené judikatuře [16], rozhodujícím kritériem pro to, aby bylo na operaci nahlíženo jako na kapitálový vklad, a aby tak mohla podléhat dani z kapitálu.

35. Tuto nutnost zvýšení hospodářského potenciálu vyvozuje Soudní dvůr [17] z druhého bodu odůvodnění směrnice 74/553/EHS [18], který stanoví, že cílem harmonizované daně z kapitálu je „ukládat daň

36. Požadavek posílení hospodářského potenciálu souvisí kromě toho s cílem směrnice 69/335 podporovat volný pohyb kapitálu mezi členskými státy harmonizací různých vnitrostátních daní z kapitálových vkladů. U operací, které směrnice zahrnuje, je třeba, aby došlo k pohybu kapitálu, který vyústí u zvýhodněné společnosti v nárůst kapitálu.

37. Cílem směrnice 69/335 oproti tomu není usnadnit pouhou restrukturalizaci nebo přeskupení již vzniklých kapitálových společností – tedy stávajících kapitálových vkladů [19]. To se projevuje také v tom, že pouhá změna formy kapitálové společnosti je podle čl. 4 odst. 3 písm. a) výslovně vyňata z působnosti směrnice. I když může být v zájmu hospodářských subjektů podrobovat co možná nejmenším omezením změny obchodních společností v rámci podílově

15 — Viz stanovisko generálního advokáta *Cosma* ve věci Bautiaa a Société française maritime (viz výše poznámka pod čarou 10, bod 1).

16 — Viz mj. rozsudky ze dne 15. července 1982, Felicitas Rickmers-Linie (viz výše, poznámka pod čarou 12, bod 16); ze dne 5. února 1991, Trave-Schiffahrtsgesellschaft v. Finanzamt Kiel-Nord (C-249/89, Recueil, s. I-257, bod 13); ze dne 5. února 1991, Deltakabel v. Staatssecretaris van Financiën (C-15/89, Recueil, s. I-241, body 13 a násl.); a Bautiaa a Société française maritime (viz výše poznámka pod čarou 8, bod 36).

17 — Rozsudek Deltakabel (viz výše, poznámka pod čarou 16, bod 13).

18 — Směrnice Rady 74/553/EHS ze dne 7. listopadu 1974, kterou se mění čl. 5 odst. 2 směrnice 69/335/EHS o nepřímých daních z kapitálových vkladů, Úř. věst. L 303, s. 9; Zvl. vyd. 09/01, s. 22.

19 — Právo zakládat dceřiné společnosti a s těmito se případně opět spojit může být ostatně umožněno svobodou usazování ve smyslu článku 43 ES. Společně s vnitrostátním zákazem diskriminace tuzemců může mít tato možnost význam případně také pro projednávaný skutkový stav. Předkládající soud se však ve své předběžné otázce dotazoval pouze na výklad směrnice 69/335.

propojených kapitálových společností, jsou takové operace zahrnuty do pravidel práva Společenství týkajících se harmonizované daně z kapitálu pouze tehdy, pokud se nevyčerpají přesouváním již vloženého kapitálu, ale jsou navíc doprovázeny (dalším) kapitálovým vkladem.

38. Na první pohled by bylo možno v projednávaném případě „obrácené" fúze předpokládat posílení hospodářského potenciálu Aro Tubi. Do majetku nástupnické společnosti Aro Tubi byl totiž vložen majetek zanikající společnosti Fratelli Gaggini, který dříve představoval právně samostatný majetek. Takový pohled, založený pouze na hledisku stavu majetku nástupnické společnosti, by však byl příliš omezený.

39. V rozsudku AGAS [20] totiž Soudní dvůr určil, že v případě „nepravé" fúze nelze směrnici 69/335 použít, neboť taková operace se neváže k žádné z podmínek připadajících v úvahu v článku 4 směrnice. To může být, jak správně postřehly Komise a italská vláda, chápáno pouze tak, že rozhodujícím měřítkem pro existenci posílení hospodářského potenciálu je pohled na *celkovou* situaci zúčastněných společností před a po operaci.

20 — Viz výše, poznámka pod čarou 5.

40. Pouze tímto způsobem lze totiž zjistit, zda se u takového skutkového stavu jedná o operaci kapitálového vkladu, a tím o operaci chráněnou směrnicí 69/335. Proto by v projednávaném případě nevyhovovalo zvláštnostem „obrácené" fúze, jestliže by se operace považovala za posílení hospodářského potenciálu Aro Tubi pouze proto, že s touto společností byl sloučen majetek její bývalé mateřské společnosti.

41. Je třeba spíše zohlednit, že majetek společností Aro Tubi a Fratelli Gaggini spojených již dříve stoprocentním podílem zůstal – z globálního hlediska – fúzí nedotčen, a nerozdělí se tedy pouze na dvě právně samostatné společnosti, ale je přidělen pouze jednomu právnímu subjektu. Taková situace je totiž v hlavních rysech shodná se situací „nepravé" fúze, která vedla k vydání rozsudku AGAS.

42. Zvláště výrazně se toto projeví, jestliže pozorujeme situaci akcionářů, kteří jsou skutečnými poskytovateli kapitálu, stojícími za společnostmi. Z jejich pohledu nevedla „obrácená" fúze ani k posílení hospodářského potenciálu společností ani obecně ke kapitálovému vkladu. Před fúzí byli akcionáři společnosti Fratelli Gaggini. Jejich akcie však nepředstavovaly pouze hodnotu této společnosti, ale zároveň také hodnotu Aro Tubi, která jakožto stoprocentní dceřiná společnost společnosti Fratelli Gaggini patřila do obchodního majetku jejich společnosti. Po fúzi obdrželi akcionáři namísto nyní neplat-

ných akcií Fratelli Gaggini podíly v Aro Tubi. Tyto podíly však samy o sobě ztělesňovaly – stejně jako „staré" akcie – pouze hodnotu kumulovaného majetku obou společností. I když se akcie po operaci formálně váží k jiné společnosti, jsou přesto zhmotněním stejného hospodářského potenciálu jako cenné papíry, které měli akcionáři v držení dříve.

43. I když – jak tvrdí žalobkyně v původním řízení – může být docela možné, že operace fúze není čistě formálním, například pouhým „registračně-technickým" aktem, ale může mít určitý hospodářský význam, zůstává nicméně pravdou, že přitom nedošlo k posílení hospodářského potenciálu podílejících se společností jakožto důsledek kapitálového vkladu. Proto také není „obrácenou" fúzí splněna podmínka v čl. 4 odst. 1 písm. c) směrnice 69/335.

2. Článek 4 odst. 1 písm. d) směrnice 69/335

44. Dále je třeba zvážit použití čl. 4 odst. 1 písm. d) směrnice 69/335. Podle něj spadá do působnosti směrnice zvýšení obchodního majetku kapitálové společnosti vkladem majetku jakéhokoliv druhu, jehož protihodnotou není poskytnutí podílu na základním kapitálu nebo aktivech společnosti, ale práva obdobná právům společníků (právo hlasovat, podíl na zisku nebo podíl na likvidačním zůstatku). „Obchodní majetek společnosti" je přitom třeba chápat narozdíl od čl. 4 odst. 1 písm. c) nikoli jako upsaný kapitál, ale „veškerý majetek, který společníci sjednotili do společného celku [ve společnosti], včetně jeho přírůstků" [21].

45. Operace obrácené fúze nemůže však spadat pod čl. 4 odst. 1 písm. d) už jen proto, že je třeba doplnit podmínku tohoto ustanovení rovněž o nepsané kritérium posílení hospodářského potenciálu, která – jak bylo ukázáno – není splněna.

46. Nehledě na to nejsou však splněny ani podmínky výslovně uvedené v čl. 4 odst. 1 písm. d). Zdá se, že obchodní majetek Aro Tubi lze po sloučením s majetkem Fratelli Gaggini důvodně považovat za zvýšený. Ze spisu totiž vyplývá, že Fratelli Gaggini měla před sloučením vedle podílů v Aro Tubi patrně ještě další, svou hodnotou nikoli bezvýznamné, majetkové položky, např. práva k pozemkům a k movitým věcem. Před fúzí obou společností patřil tento

21 — Rozsudek ze dne 28. března 1990, Siegen v. Finanzamt Hagen (C-38/88, Recueil, s. I-1447, bod 12).

majetek pouze Fratelli Gaggini. Aro Tubi nabyla teprve po sloučení se svou mateřskou společností právo s tímto majetkem hospodářsky a právně nakládat. Proto by mohl být přechod tohoto majetku při fúzi považován za zvýšení obchodního majetku společnosti Aro Tubi.

3. Článek 4 odst. 2 písm. b) směrnice 69/335

47. Avšak pro splnění podmínky v čl. 4 odst. 1 písm. d) nepostačí již samotné zvýšení obchodního majetku společnosti. Ustanovení naopak vyžaduje kromě toho, že za vklady, které vedou ke zvýšení majetku, budou poskytnuta práva obdobná (nemajetkovým) právům společníků, a nikoliv majetková práva společníků (podíl na základním kapitálu nebo aktivech společnosti).

49. Konečně přichází v úvahu, že projednávaný případ spadá do působnosti čl. 4 odst. 2 písm. b) směrnice 69/335. To však vyžaduje podle podmínek výslovně stanovených tímto ustanovením nejprve zvýšení obchodního majetku společnosti bez současného zvýšení kapitálu společnosti, což lze v projednávaném případě z hlediska toho, co bylo výše uvedeno [23], předpokládat.

48. Za vklad v nejširším slova smyslu by bylo možné považovat akcie na Fratelli Gaggini. Za protihodnotu za vzdání se těchto podílů obdrželi akcionáři Fratelli Gaggini akcie Aro Tubi. U akcií se však jedná právě o hlavní případ majetkových práv, která ztělesňují podíl na základním kapitálu společnosti. Akcie naproti tomu nejsou „práva společníků" ve smyslu čl. 4 odst. 1 písm. d). Pro práva společníků je totiž typické, že neztělesňují žádný podíl na kapitálu, ale pouze jednotlivá práva společníka. Příkladem toho jsou například požívací práva [22], která propůjčují nárok na podíl na zisku podniku. Jestliže jsou proti vkladu vydány akcie, je použití čl. 4 odst. 1 písm. d) vyloučeno. Tento případ je upraven pouze čl. 4 odst. 1 písm. c).

50. Dále musí být toto zvýšení obchodního majetku společnosti provedeno prostřednictvím plnění společníka. Takové plnění může být spatřováno v tom, že se akcionáři Fratelli Gaggini vzdali svých podílů v této společnosti ve prospěch Aro Tubi. U akcionářů Fratelli Gaggini se však v okamžiku fúze

22 — Viz rozsudek ze dne 17. října 2002, Solida a Tech (C-138/00, Recueil, s. I-8905, bod 28).

23 — Viz bod 46.

obou společností nejednalo o akcionáře zvýhodněné společnosti Aro Tubi, ale o podílníky její mateřské společnosti.

51. Předpoklad čl. 4 odst. 2 písm. b) by byl tedy splněn pouze při použití rozšiřujícího výkladu pojmu plnění společníka, tedy jestliže by bylo v tomto pojmu také zahrnuto plnění nepřímého podílníka, tzn. společníka společníka.

52. Takový rozšiřující výklad pojmu se zdá být možný. Ve své dosavadní judikatuře již Soudní dvůr v podobných případech rozhodl, že k určení, zda otázka spadá či nespadá do působnosti čl. 4 odst. 2 písm. b) směrnice 69/335, je třeba přistupovat z hlediska hospodářského, a nikoli formálního, založeného pouze na původu vkladů [24].

53. I kdyby se však došlo v rámci takového hospodářského výkladu podmínky plnění společníka k závěru, že na vklad Fratelli Gaggini do Aro Tubi je třeba nahlížet jako na plnění společníků ve prospěch Aro Tubi, nepostačovalo by to ještě k použití čl. 4 odst. 2 písm. b). Toto ustanovení požaduje kromě toho, aby plnění společníka nalezlo protihodnotu ve změně v právech společníků nebo aby mohlo zvýšit hodnotu podílů ve společnosti.

54. V projednávaném případě zjevně nenacházíme první z těchto možností, totiž změnu v právech společníků, neboť počet a jmenovitá hodnota akcií Aro Tubi zůstávají nezměněny.

55. Zvýšení hodnoty podílů ve společnosti ve smyslu druhé možnosti je zde rovněž vyloučeno. Dalo by se sice argumentovat, že Aro Tubi získala sloučením s Fratelli Gaggini její majetkové hodnoty a že se (reálná) hodnota akcií Aro Tubi tímto přírůstkem majetku zvětšila.

56. Tento způsob nazírání by však nebyl v souladu s uvedeným hospodářským výkladem č. 4 odst. 2 písm. b). Jestliže totiž postačuje plnění nepřímého společníka, vyplývá ze synalagmatické koncepce normy, že zvýšení hodnoty podílů ve společnosti musí rovněž nastoupit u tohoto nepřímého společníka.

57. Není tedy třeba porovnávat (reálnou) hodnotu akcií Aro Tubi před a po fúzi, ale spíše (reálnou) hodnotu akcií v držení akcionářů Fratelli Gaggini před fúzí s hodnotou akcií Aro Tubi, které jim byly poté vydány.

24 — Rozsudky ze dne 13. října 1992, Weber Haus v. Finanzamt Freiburg-Land (C-49/91, Recueil, s. I-5207, bod 11) a ze dne 17. října 2002, ESTAG (C-339/99, Recueil, s. I-8837, bod 37).

Posledně uvedené se však nijak neodlišují, neboť kumulovaná hodnota podniku Aro Tubi a Fratelli Gaggini před fúzí, která byla ve svém celku ztělesněna akciemi Fratelli Gaggini, je totožná s hodnotou „nové" Aro Tubi představované jejími akciemi. Výsledně se hodnota portfolia akcionářů touto transakcí nezměnila.

58. V důsledku toho nejsou podmínky čl. 4 odst. 2 písm. b) splněny ani v případě, že pojem „plnění společníků" chápeme v hospodářském smyslu. To platí zvláště tehdy, jestliže se také pro tuto – nepsanou podmínku – požaduje zvýšení hospodářského potenciálu společností.

59. Ostatní možnosti článku 4 směrnice 69/335 nelze použít. Také použití čl. 10 písm. c) směrnice 69/335 na věc v původním řízení nepřipadá v úvahu.

60. V konečném výsledku proto neexistuje ustanovení, podle kterého by projednávaný případ spadal do působnosti směrnice 69/335. Ustanovení této směrnice nezakazují, aby členský stát ukládal registrační daň v případě „obrácené" fúze jako ve věci v původním řízení.

VI – Závěry

61. Na základě předchozích úvah navrhuji Soudnímu dvoru, aby odpověděl na předběžnou otázku položenou Corte Suprema di Cassazione následovně:

„Směrnice Rady 69/335/EHS ze dne 17. července 1969 o nepřímých daních z kapitálových vkladů nezakazuje uložení registrační daně ve výši 1% majetku zanikající společnosti za podmínek věci v původním řízení při sloučení společnosti s jinou společnosti, jejíž podíly byly dříve zcela v držení zanikající společnosti (obrácená fúze)."