KOHTUJURISTI ETTEPANEK

JULIANE KOKOTT

esitatud 26. mail 2005 [1]

I. Sissejuhatus

1. Corte Suprema di Cassazione menetluses olevas kohtuasjas on vaidluse all äriühinguõiguslikule tehingule kohaldatava maksu õiguspärasus olukorras, kus kaks aktsiaseltsi ühinevad „emaühingu ühendamise" teel. Seejuures ühendatakse tütarettevõtjaga emaettevõtja, kellele kuulub 100% tütarettevõtja aktsiatest. Corte Suprema di Cassazione palub oma eelotsusetaotlusega Euroopa Kohtul selgitada, kas käesolev kohtuvaidlus kuulub nõukogu 17. juuli 1969. aasta direktiivi 69/335/EMÜ kapitali suurendamise kaudse maksustamise kohta [2] (edaspidi „direktiiv 69/335") kohaldamisalasse. Sellisel juhul tuleks tehingule kohaldada üksnes direktiiviga ühtlustatud kapitalimaksu. Kui aga emaühingu ühendamine ei ole direktiiviga hõlmatud, siis võivad liikmesriigid sellise tehingu maksustada muul viisil.

II. Õiguslik raamistik

A. *Ühenduse õigus*

2. Direktiivi 69/335 artikli 1 alusel võtavad liikmesriigid kapitaliühingute kapitali sissemaksetelt ühtlustatud maksu — kapitalimaksu.

3. Direktiivi 69/335 artikkel 4 määrab maksustatavad tehingud järgmiselt:

„1. Kapitalimaksuga maksustatakse järgmised tehingud:

[...]

1 — Algkeel: saksa.

2 — EÜT L 249, lk 25; ELT eriväljaanne 09/01, lk 11; viimati muudetud aktiga Tšehhi Vabariigi, Eesti Vabariigi, Küprose Vabariigi, Läti Vabariigi, Leedu Vabariigi, Ungari Vabariigi, Malta Vabariigi, Poola Vabariigi, Sloveenia Vabariigi ja Slovaki Vabariigi ühinemistingimuste ja Euroopa Liidu aluslepingutesse tehtavate muudatuste kohta. II lisa: Ühinemisakti artiklis 20 osutatud nimekiri (ELT 2003, L 236, lk 555).

c) kapitaliühingu kapitali suurendamine mis tahes varalise sissemaksega;

d) kapitaliühingu kapitali suurendamine mis tahes varalise sissemakse abil, mille puhul vastu ei saada osa ühingu kapitalist või varadest, vaid liikmetega samaväärsed õigused, näiteks hääleõigus, õigus osale kasumist või likvideerimise puhul osale ülejäägist;

[...].

2. Kui 1. juuli 1984. aasta seisuga kohaldati nende suhtes 1%-list maksumäära, võib kapitalimaksuga maksustada järgmised tehingud:

[...]

b) kapitaliühingu vara suurendamine ühingu liikme poolt teenuste osutamise kaudu, mis ei too kaasa äriühingu kapitali suurenemist, kuid toovad kaasa õiguste muutumise äriühingus või võivad suurendada äriühingu osade või aktsiate väärtust;

[...]."

4. Direktiivi 69/335 artikli 7 alusel vabastavad liikmesriigid kapitalimaksust tehingud, mis 1. juuli 1984. aasta seisuga olid tollal kehtinud tingimuste kohaselt maksust vabastatud või millele kohaldati soodsamat maksumäära kuni 0,5%. [3] Vabastamine kehtib järelikult vähemalt 75% osaluse üleandmisel olemasolevale või asutatavale äriühingule, kusjuures nimetatud sissemakse eest tasutakse valdavalt (emaettevõtja) osade või aktsiatega.

5. Direktiivi 69/335 artiklis 10 on sätestatud:

„Kapitalimaksule lisaks ei võta liikmesriigid tulunduslikelt äriühingutelt, ühistutelt või

3 — See, millised tehingud on [kapitalimaksust] vabastatud, tuleneb seega artikli 7 lõikest 1 direktiiviga 73/79/EMÜ (EÜT 1973, L 103, lk 13) ja direktiiviga 73/80/EMÜ (EÜT 1973, L 103, lk 15) kehtestatud redaktsioonis, mis sätestab: „bb) kapitalimaksu määra võib vähendada 50% võrra või enam kui loodav või olemasolev kapitaliühing omandab teise kapitaliühingu kapitali varem emiteeritud osadest vähemalt 75%. [...]
Nimetatud vähendamise tingimuseks on, et: — sissemaksete eest tasutakse üksnes äriühingu(te) osadega või aktsiatega, [...]" [mitteametlik tõlge].

muudelt juriidilistelt isikutelt mis tahes muid makse:

a) artiklis 4 nimetatud tehingutelt;

b) artiklis 4 nimetatud tehingutega hõlmatud sissemaksetelt, laenudelt või teenustelt;

c) majandustegevusele eelneva registreerimise või mis tahes muu formaalsuse eest, mille alusel tekib tulundusliku äriühingu, ühistu või muu juriidilise isiku õiguslikust vormist tulenevalt selle õigus- ja teovõime."

B. *Itaalia õigus*

6. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu andmetel on põhikohtuasja asjaolude toimumise ajast tulenevalt kohaldatav vabariigi presidendi 26. aprilli 1986. aasta dekreedi nr 131 lisas esitatud määrade esimese osa artikli 4 lõike 1 punkt b enne selle muutmist 20. juuni 1996. aasta dekreetseaduse nr 323 (muudetud 8. augusti 1996. aasta seaduseks nr 425) artikliga 10.

7. Viidatud normi alusel kuulus mis tahes liiki äriühingute ühinemine maksustamisele kapitalimaksuga, mis moodustab 1% ühendatava äriühingu vara väärtusest. Maksubaas tuleneb seejuures sarnaselt ühinemise tsiviilõiguslike aspektidega Codice Civile artiklist 2501 ja järgnevatest artiklitest, mille täpsem sisu ei ole käesolevas menetluses asjakohane.

III. Asjaolud, menetlus ja eelotsuse küsimus

8. Põhikohtuasja hageja Aro Tubi Trafilerie SpA (edaspidi „Aro Tubi") on Itaalia õiguse alusel loodud aktsiaselts. Aro Tubi oli Fratelli Gaggini SpA (edaspidi „Fratelli Gaggini") tütarettevõtja ning kõik tema aktsiad kuulusid Fratelli Gagginile. Lisaks kuulusid Aro Tubile omakorda kõik Aro Tubi Estrusi e Profilati SpA aktsiad. 19. detsembri 1995. aasta notariaalse ühinemislepinguga ühendati Aro Tubiga emaettevõtja Fratelli Gaggini ja tütarettevõtja Aro Tubi Estrusi e Profilati SpA. Ühendatava äriühingu Fratelli Gaggini aktsiad tühistati; selle aktsionärid said vastutasuks ühendava äriühingu Aro Tubi aktsiad, mis varem kuulusid emaettevõtjale Fratelli Gaggini. Lõppkokkuvõttes omandasid eelnevalt üksnes Fratelli Gaggini kaudu kaudselt Aro Tubis osalust omanud

füüsilised isikud „emaettevõtja ühendamise" teel otsese osaluse Aro Tubis, sest vahelüliks olnud ühing kaotati.

9. Ühinemise kande tegemisel äriregistrisse pidi Aro Tubi maksma riigilõivu, mis moodustas 1% ühendatud äriühingute Aro Tubi Estrusi e Profilati SpA ja Fratelli Gaggini vara väärtusest.

10. Pärast riigilõivu tasumist esitas Aro Tubi taotluse makstud summa tagasisaamiseks, sest pidas lõivu direktiiviga 69/335 vastuolus olevaks. Pärast taotluse vaikimisi rahuldamata jätmist esitas Aro Tubi hagi, mille Commissione Tributaria Provinciale di Milano rahuldas; paraku tühistas Commissione Tributaria della Lombardia otsuse Amministrazione Finanziaria dello Stato apellatsioonkaebuse alusel.

11. Tühistamisotsuse peale esitatud kassatsioonkaebust menetlev Corte Suprema di Cassazione palub 6. novembri 2003. aasta eelotsusetaotlusega Euroopa Kohtul sisuliselt [4] selgitada, kas direktiiviga 69/335 on kooskõlas äriühingute ühinemisel riigilõivu sissenõudmine määraga 1% ühendatava äriühingu vara väärtusest, kui ühendatavale äriühingule kuulusid juba eelnevalt kõik ühendava äriühingu aktsiad või osad.

12. Euroopa Kohtus toimuvas menetluses esitasid märkusi põhikohtuasja hageja, Itaalia valitsus ja komisjon.

IV. Poolte argumendid

13. Itaalia valitsus viitab eelkõige kohtuasjas AGAS *vs.* Amministrazione Tributaria di Milano 27. oktoobril 1998 tehtud otsusele [5]. Nimetatud otsusest ilmneb, et kahe äriühingu ühinemine ei kuulu direktiivi 69/335 kohaldamisalasse, kui emaettevõtjaga ühendatakse tütarettevõtja, kelle aktsiad või osad kuuluvad täielikult emaettevõtjale (nn kontsernisisene ühinemine).

14. Käesoleva asja esemeks olevat „emaühingu ühendamist", st emaettevõtja ühendamist tütarettevõtjaga ei saa hinnata erinevalt „kontsernisisesest ühinemisest" ja ka see ei ole direktiiviga hõlmatud. Lisaks ei too

4 — Täpselt sel viisil sõnastatud küsimust eelotsusetaotlus ei sisalda.

5 — 27. oktoobri 1998. aasta otsus kohtuasjas C-152/97: AGAS (EKL 1998, lk I-6553).

kõnealune ühinemine tervikuna kaasa äriühingu majandusliku potentsiaali kasvu, mida Euroopa Kohus on pidanud direktiivi 69/335 kohaldamise oluliseks eelduseks.

15. Aro Tubi leiab seevastu, et riigilõivu sissenõudmine ei ole käesoleval juhul direktiiviga 69/335 kooskõlas. AGASi kohtuasjas [6] tehtud sedastused ei ole käesolevale kohtuvaidlusele ülekantavad, sest „emaühingu ühendamist" tuleb majanduslike ja õiguslike erinevuste põhjal käsitleda teisiti kui „kontsernisisest ühinemist".

16. „Emaühingu ühendamine" toob kaasa tütarettevõtja majandusliku potentsiaali tugevnemise, sest ta võtab üle emaettevõtja varad. Seetõttu on direktiiv 69/335 kohaldatav ja Aro Tubile laieneb direktiivi 69/335 artiklis 7 ette nähtud maksuvabastus.

17. Komisjon esindab vahepealset seisukohta. Tema arvates on „emaühingu ühendamine" ainult sel juhul samaväärne „kontsernisisese ühinemisega" ega kuulu direktiivi 69/335 kohaldamisalasse, kui sellega ei kaasne ühendava äriühingu majandusliku potentsiaali tugevnemist. Sellise olukorraga oleks tegemist vaid juhul, kui ühendataval äriühingul ei oleks osalusi teistes äriühingutes peale ühendava äriühingu — nii nagu see on põhikohtuasjas.

18. Kui aga ühendataval äriühingul on seevastu osalusi teistes äriühingutes, siis tugevneb ühinemisel ühendava äriühingu majanduslik potentsiaal ja niigi vaieldava AGASi kohtuotsuse [7] erandlike asjaolude eeldus ei oleks täidetud. Direktiiv 69/335 oleks sellisel juhul niisiis kohaldatav.

V. Õiguslik hinnang

19. Siseriiklik kohus küsib sisuliselt seda, kas direktiivi 69/335 sätetega on vastuolus see, kui „emaühingu ühendamine" olukorras, kus ühendatavale äriühingule kuuluvad ühendava äriühingu kõik osad või aktsiad, maksustatakse riigilõivuga.

6 — Viidatud eespool 5. joonealuses märkuses.

7 — Eespool 5. joonealuses märkuses viidatud AGAS-i kohtuotsus.

A. *Direktiivi 69/335 kohaldamise süstemaatika*

20. Euroopa Kohtu senises praktikas on antud selgeid juhiseid direktiivi 69/335 kohaldamiseks. Liidetud kohtuasjades Société Bautiaa *vs.* Directeur des Services Fiscaux des Landes ja Société Française Maritime *vs.* Directeur des Services Fiscaux du Finistère 13. veebruaril 1996 tehtud kohtuotsuses [8] märkis kohus selle kohta:

„Selleks et kvalifitseerida vaidlusaluseid makse direktiivi 69/335 alusel ja hinnata nende kooskõla direktiiviga, seda eelkõige kohaldatava maksumäära aspektist, tuleb esmalt uurida, kas mõlemas põhikohtuasjas kapitalimaksu sissenõudmise aluseks olnud tehingud kuuluvad direktiivi 69/335 kohaldamisalasse ja kas nimetatud tehinguid tuleb siis kvalifitseerida direktiivi alusel".

21. Sarnaselt otsustas Euroopa Kohus AGASi kohtuotsuses [9]:

„Järelikult on vaadeldava tehingu direktiivi kohaldamisalasse kuulumise eelduseks vastamine direktiivi artikli 10 punktides a ja b viidatud artikli 4 tingimustele".

22. Seega kuuluvad direktiivi 69/335 sätted kohaldamisele kindlas järjekorras. Lähtekohaks on artiklis 10 sisalduv keeld teiste maksude kohaldamiseks peale ühtlustatud kapitalimaksu. Nimetatud keeld kehtib vastavalt viidatud sätte punktidele a ja b siiski üksnes maksude suhtes, mida võetakse direktiivi artiklis 4 nimetatud tehingutelt.

23. Järelikult tuleb esmalt kontrollida, kas tehingut saab liigitada artiklis 4 sätestatud asjaolude alla, st kas tehing kuulub direktiivi kohaldamisalasse ja eelkõige artikli 10 keelualasse. Ainult juhul, kui nimetatud tingimus on täidetud, saab direktiivi teiste sätete alusel otsustada, kas tehing võib olla ühtlustatud kapitalimaksust vabastatud. [10]

24. Ainuüksi asjaolust, et eeldused kapitalimaksust vabastamiseks direktiivi 69/335 artikli 7 lõike 1 punkti b alusel on täidetud, ei saa — erinevalt põhikohtuasja hageja seisukohast — järeldada, et vaidlusalust „emaühingu ühendamise" tehingut ei tohi maksustada. Pigem on esmalt nõutav, et tehing üldse kuuluks direktiivi kohaldamisalasse, mille uurimisel tuleb lähtuda artik-

8 — 13. veebruari 1996. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-197/94 ja C-252/94: Bautiaa ja Société française maritime (EKL 1996, lk I-505, punkt 31).

9 — Eespool 5. joonealuses märkuses viidatud AGAS-i kohtuotsus, punkt 21.

10 — Vt kõnealuse kontrollimise järjekorra kohta ka kohtujurist Cosmase 25. juuni 1998. aasta ettepanek kohtuasjas C-152/97: AGAS (EKL 1998, lk I-6553, lk I-6555, punkt 43).

list 10 koosmõjus artikliga 4. Kui tehing ei kuulu direktiivi kohaldamisalasse, siis ei takista direktiiv tehingu maksustamist muude ühtlustamata maksudega. Järelikult ei ole sel juhul kohaldatav ka artikli 7 kohane maksuvabastus.

B. *Direktiivi 69/335 kohaldamisala*

25. Artikli 10 punktides a ja b sätestatud keelu kohaldamiseks on vajalik, et kõnealune tehing oleks üks artiklis 4 nimetatud tehingutest.

1. Direktiivi 69/335 artikli 4 lõike 1 punkt c

26. Põhikohtuasja asjaolud võivad eelkõige vastata direktiivi 69/335 artikli 4 lõike 1 punktile c.

a) Kapitali suurendamine

27. Eespool esitatut arvesse võttes peaks „emaühingu ühendamine" tooma sissemakse kaudu kaasa ühendava äriühingu kapitali suurendamise. Aktsiakapitali suurendamine eeldab tavaliselt uute aktsiate väljaandmist või juba väljaantud aktsiate nominaalväärtuse suurendamist.[11] Aro Tubi esitatud ühinemislepingu punktis 1c on siiski sõnaselgelt sätestatud, et tegemist ei ole ühendava äriühingu (Aro Tubi) kapitali suurendamisega eeltoodud tähenduses. Nimetatud asjaolu üle põhikohtuasja menetlusosalised ei vaidle.

28. Asjaomase sätte selget sõnastust silmas pidades ei saa Aro Tubi ettepanekust hoolimata loobuda kapitali suurendamise nõudega arvestamisest. Kapitali suurendamise mõistet laiemalt tõlgendades võiks kõnealuse asjaolu liigitada direktiivi 69/335 artikli 4 lõike 1 punkti c kohaldamisalasse. Käesoleval juhul muutus osalus Fratelli Gagginis osaluseks Aro Tubis. Aro Tubi aktsiad, mis varem olid kuulunud Fratelli Gagginile, läksid üle Fratelli Gaggini aktsionäridele. Tõusetub küsimus, kas aktsiate üleminekut Aro Tubile saab pidada samaväärseks uute aktsiate väljaandmisega ja tõlgendada kapitali suurendamisena laiemas tähenduses.

11 — Vt selle kohta eelkõige nt Académie des sciences commerciales (väljaandja), *Dictionnaire commercial*, 1987, märksõnad „capital" ja „capital social"; *Gabler Wirtschafts-Lexikon* (või vastav), 12. tr 1988, märksõnad „Kapital" ja „Kapitalerhöhung".

29. Kapitali suurendamise mõiste laiemast tõlgendusest tuleb siiski loobuda. Euroopa Kohtu väljakujunenud praktika kohaselt tõlgendatakse direktiivi 69/335 artikli 4 tingimusi ühenduses tervikuna sõltumatult, st objektiivselt ja ühtselt kõikide liikmesriikide suhtes ning arvestamata võimalikke erinevusi igas siseriiklikus õiguskorras ja maksusüsteemis. [12] Siiski ei või kapitali suurendamise mõiste sõltumatu tõlgendus ühenduse piires oluliselt kaugeneda asjaomase mõiste olemuslikust tähendusest.

30. Mõisted „kapitaliühingu kapital" ja „kapitali suurendamine" on terminitena kasutusel nii (ühenduse) õiguse kui ka majandusteaduse kontekstis ning ettevõtte-majanduse teoorias on neile omistatud kindel, riikidest ja keeltest sõltumatu tähendus. Selle kohaselt vastab kapitaliühingu (oma) kapital aktsionäride või osanike aktsiate või osade nominaalväärtuste summale ja kapitali suurendamine mis tahes viisil eeldab seega kas aktsiate või osade nominaalväärtuse või nende arvu suurendamist. [13] Oleks üllatav, kui direktiivi vastuvõtja oleks tahtnud omistada direktiivis kasutatud kapitali suurendamise mõistele erinevat tähendust sellest, mis on käibel majandusteaduse terminoloogias.

31. Järelikult ei saa kapitali suurendamise mõiste tõlgendamine viia selleni, et kõnealuse mõistega oleks hõlmatud pelk kaudse osaluse muutumine otseseks osaluseks vahelüliks olnud äriühingu (Fratelli Gaggini) ühendamise teel. Käesoleval juhul on antud aktsiad vahelüliks olnud ühingult üle viimase aktsionäridele, ilma et oleks muutunud aktsiate nominaalväärtus või arv.

32. Siinjuures ei ole oluline, kas esialgselt Fratelli Gagginile kuulunud Aro Tubi aktsiad omandas kõigepealt Aro Tubi oma aktsiatena ja andis need seejärel üle Fratelli Gaggini senistele aktsionäridele või läksid aktsiad vahetult üle ilma vahepealse Aro Tubi poolse omandamiseta. Kummalgi juhul ei muutunud aktsiate arv ega väärtus.

33. Kapitali suurendamise mõiste niisugune tõlgendus ei ole vastuolus väljakujunenud kohtupraktika senise seisukohaga, mille kohaselt tuleb kahe kapitaliühingu ühinemine lugeda kapitali suurendamiseks direktiivi 69/335 artikli 4 lõike 1 punkti c tähenduses. [14] Euroopa Kohtus tollal käsitletud asjas toimus ühendava äriühingu aktsia-

12 — Eespool 8. joonealuses märkuses viidatud Bautiaa ja Société française maritime'i kohtuotsus, punkt 32; eespool 5. joonealuses märkuses viidatud AGAS-i kohtuotsus, punkt 21; vt ka 15. juuli 1982. aasta otsus kohtuasjas 270/81: Felicitas Rickmers-Linie (EKL 1982, lk 2771, punkt 14).

13 — Vt viited eespool 10. joonealuses märkuses.

14 — Eespool 8. joonealuses märkuses viidatud Bautiaa ja Société française maritime'i kohtuotsus, punkt 38.

kapitali suurendamine just nimelt *uute* aktsiate [15] väljaandmise teel, mida käesoleval juhul ei esine.

tete „eesmärk on kehtestada süsteem, kus kapitalimaksuga maksustataks üksnes tehingud, mida õiguslikult käsitatakse kapitali suurendamisena ning mis aitavad tugevdada äriühingu majanduspotentsiaali".

b) Majandusliku potentsiaali tugevnemine

34. Isegi kui erinevalt eespool esitatud seisukohtadest pidada pelka Aro Tubi aktsiate üleminekut kapitali suurendamiseks direktiivi 69/335 artikli 4 lõike 1 punkti c tähenduses, pidanuks see tehing igal juhul kaasa tooma Aro Tubi majandusliku potentsiaali tugevnemise. Nagu Euroopa Kohus oma väljakujunenud praktikas rõhutab, [16] on see määrav kriteerium otsustamaks, kas tehingut saab lugeda kapitali koondumiseks ja maksustada kapitalimaksuga.

36. Majandusliku potentsiaali tugevdamise nõue on seotud direktiivi 69/335 eesmärgiga toetada kapitali vaba liikumist liikmesriikide vahel, ühtlustades kapitali koondamisele kohaldatavaid erinevaid siseriiklikke makse. Direktiivi kohaldamisalasse kuuluvate tehingute tunnuseks peab seega olema kapitali ümberpaigutus, mis toob kaasa soodustatud äriühingu kapitali suurenemise.

35. Euroopa Kohus tuletab majandusliku potentsiaali tugevnemise koosseisutunnuse kui kirjutamata tingimuse direktiivi 74/553/EMÜ [17] teisest põhjendusest [18], mille kohaselt ühtlustatud kapitalimaksu aluspõhimõ-

37. Direktiivi 69/335 eesmärk ei ole seevastu lihtsustada asutatud kapitaliühingute, st juba olemasoleva koondunud kapitali ümberstruktureerimist või ümbergrupeerimist. [19] See ilmneb muu hulgas sellest, et kapitaliühingu pelk ümberkujundamine teist liiki kapitaliühinguks ei kuulu direktiivi artikli 4 lõike 3 punkti a kohaselt sõnaselgelt direktiivi kohaldamisalasse. Olgugi et osaluse kaudu seotud kapitaliühingute äriõiguslik muutmine võimalikult väheste piirangutega

15 — Vt eespool 10. joonealuses märkuses viidatud kohtujurist Cosmase ettepanek Bautiaa ja Société française maritime'i kohtuasjas, punkt 1.

16 — Vt mh eespool 12. joonealuses märkuses viidatud Felicitas Rickmers-Linie kohtuotsus, punkt 16; samuti 5. veebruari 1991. aasta otsus kohtuasjas C-249/89: Trave Schiffahrts-Gesellschaft (EKL 1991, lk I-257, punkt 13); 5. veebruari 1991. aasta otsus kohtuasjas C-15/89: Deltakabel (EKL 1991, lk 241, punkt 13 jj) ning eespool 8. joonealuses märkuses viidatud Bautiaa ja Société française maritime'i kohtuotsus, punkt 36.

17 — Nõukogu 7. novembri 1974. aasta direktiiv 74/553/EMÜ, millega muudetakse kapitali suurendamise kaudset maksustamist käsitleva direktiivi 69/335/EMÜ artikli 5 lõiget 2 (EÜT L 303, lk 9; ELT eriväljaanne 09/01, lk 22).

18 — Eespool 16. joonealuses märkuses viidatud Deltakabeli kohtuotsus, punkt 13.

19 — Õigus asutada tütarettevõtjaid ja nendega vajaduse korral ühineda peaks olema tagatud EÜ artiklis 43 sätestatud asutamisvabaduse alusel. Koosmõjus oma kodanike diskrimineerimise siseriikliku keeluga võib nimetatud õigus omada tähtsust ka käesolevas asjas. Siseriiklik kohus palus eelotsusetaotluseses siiski vaid direktiivi 69/335 tõlgendust.

võib olla majanduselus osalejate huvides, hõlmavad ühtlustatud kapitalimaksu puudutavad ühenduse õiguse sätted nimetatud tehinguid üksnes juhul, mil need ei piirdu olemasoleva kapitali ümberpaigutusega, vaid toovad kaasa kapitali (täiendava) koondumise.

38. Esmapilgul võib käesoleval „emaühingu ühendamise" juhul eeldada Aro Tubi majandusliku potentsiaali tugevnemist. Seda seetõttu, et ühendava äriühingu Aro Tubi vara suurenes varem õiguslikult eraldiseisva ühendatava äriühingu Fratelli Gaggini vara võrra. Siiski tuleb sellist ainult ühendava äriühingu varast lähtuvat käsitlust pidada liiga ühekülgseks.

39. AGAS-i kohtuotsuses [20] tuvastas Euroopa Kohus nimelt, et „kontsernisisene ühinemine" ei kuulu direktiivi 69/335 kohaldamisalasse, sest see ei täida ühtegi direktiivi 69/335 artikli 4 tingimust. Öeldut võib mõista üksnes nii — nagu komisjon ja Itaalia valitsus õigustatult märgivad —, et majandusliku potentsiaali tugevnemise tuvastamiseks on oluline vaadelda tehinguga seotud äriühingute olukorda *tervikuna* enne ja pärast tehingut.

40. Nimelt saab ainult sel viisil tuvastada, kas asjaomastel asjaoludel on tegemist kapitali koondumisega ja seeläbi ka direktiiviga 69/335 kaitstud tehinguga. Aro Tubi majandusliku potentsiaali tugevnemise möönmine ainuüksi põhjusel, et nimetatud äriühinguga ühendati tema endise emaettevõtja vara, ei vasta käesoleval juhul „emaühingu ühendamise" eripärale.

41. Pigem tuleb silmas pidada, et juba varem sajaprotsendilise osaluse kaudu seotud äriühingute Aro Tubi ja Fratelli Gaggini vara jäi tervikuna vaadelduna endiseks ka ühinemise tulemusel ja ei jagune enam kahe õiguslikult eraldiseisva äriühingu vahel, vaid kuulub eranditult ühele juriidilisele isikule. Kõnealune olukord on olulistes aspektides sarnane „kontsernisisese ühinemisega", mis oli aluseks AGAS-i kohtuasjale.

42. Öeldu saab iseäranis selgeks, kui vaadelda äriühingu tegelikuks investoriteks olevate aktsionäride olukorda. Nende vaatekohast ei too „emaühingu ühendamine" kaasa ei äriühingute majandusliku potentsiaali tugevnemist ega üldiselt kapitali koondumist: enne ühinemist olid nad Fratelli Gaggini aktsionärid. Nende aktsiad ei väljendanud aga mitte ainult selle äriühingu väärtust, vaid ühtlasi ka Fratelli Gaggini sajaprotsendilise tütarettevõtjana selle vara hulka kuuluva Aro Tubi väärtust. Ühinemise

20 — Viidatud eespool 5. joonealuses märkuses.

tulemusena said aktsionärid nüüdseks tühistatud Fratelli Gaggini aktsiate asemel Aro Tubi aktsiad. Viimased kajastavad sarnaselt „vanade" aktsiatega mõlema äriühingu summaarset vara. Kuigi pärast tehingut on formaalselt tegemist teise äriühingu aktsiatega, kajastavad need sama majanduslikku potentsiaali nagu aktsionäridele eelnevalt kuulunud väärtpaberid.

43. Isegi kui nõustuda põhikohtuasja hageja argumendiga, et ühinemine ei tarvitse olla üksnes formaalne registritehniline toiming, vaid sellel on teatud majanduslik tähendus, saab seejuures siiski selgeks, et ühinemisel osalenud äriühingute majanduslik potentsiaal ei ole kapitali koondumise tulemusel kasvanud. Järelikult on „emaühingu ühendamise" korral direktiivi 69/335 artikli 4 lõike 1 punkti c tingimus ka seetõttu täitmata.

2. Direktiivi 69/335 artikli 4 lõike 1 punkt d

44. Lisaks tuleb kaaluda direktiivi 69/335 artikli 4 lõike 1 punkti d kohaldamist. Nimetatud sätte kohaselt kuulub direktiivi kohaldamisalasse kapitaliühingu kapitali suurendamine mis tahes varalise sissemakse abil, mille puhul vastu ei saada osa äriühingu kapitalist või varadest, vaid liikmetega samaväärsed teised õigused, näiteks hääleõigus või õigus osale kasumist. Erinevalt artikli 4 lõike 1 punktist c tuleb „äriühingu vara" all mõista mitte aktsiakapitali, vaid „kogu vara, mida äriühingu aktsionärid või osanikud on ühendanud [ühingus] tervikuks, sealhulgas selle juurdekasvu" [21].

45. Emaühingu ühendamist ei saa siiski ainuüksi seepärast kvalifitseerida artikli 4 lõike 1 punkti d alla, et ka nimetatud sätte tingimust tuleb täiendada majandusliku potentsiaali tugevdamise kirjutamata kriteeriumiga, mis aga antud juhul — nagu näidatud — puudub.

46. Eelöeldule vaatamata tuleb aga tõdeda, et ka artikli 4 lõike 1 punktis d sõnaselgelt sätestatud tingimused ei ole täidetud. Esmapilgul tundub küll olevat täiesti aktsepteeritav, et Aro Tubi vara on Fratelli Gagini vara ühendamise tulemusel suurenenud. Ühinemislepingust tuleneb nimelt, et Fratelli Gaggini omas enne ühinemist lisaks Aro Tubi aktsiatele ka muud märkimisväärse väärtusega vara, näiteks kinnis- ja vallasasjadega seotud õigusi. Enne nende ettevõtjate ühine-

21 — 28. märtsi 1990. aasta otsus kohtuasjas C-38/88: Siegen (EKL 1990, lk I-1447, punkt 12).

mist kuulus nimetatud vara üksnes Fratelli Gagginile. Aro Tubi omandas õiguslikud ja majanduslikud võimalused vara käsutamiseks alles pärast emaettevõtja ühendamist. Seetõttu võib leida mitu argumenti, mis räägivad selle poolt, et ühinemisega kaasnevat vara üleminekut võib pidada Aro Tubi vara suurenemiseks.

3. Direktiivi 69/335 artikli 4 lõike 2 punkt b

47. Kuid ainuüksi äriühingu vara suurenemine ei ole piisav artikli 4 lõike 1 punkti d tingimuse täitmiseks. Pigem nõuab nimetatud säte lisaks, et vara suurenemiseni viinud sissemaksed annaksid aktsionäri või osaniku õigused, mitte aga äriühingu osalusega seotud õigused, mis kajastavad osa äriühingu kapitalist või varadest.

48. Sissemakseks laiemas tähenduses võib pidada Fratelli Gaggini aktsiaid. Vastutasuks nimetatud aktsiate eest said Fratelli Gaggini aktsionärid Aro Tubi aktsiad. Aktsiad on aga äriühingu osalusega seotud õiguste põhivorm, mis kajastavad osalust äriühingu kapitalis. Aktsiad ei ole „liikmetega samaväärsed õigused" artikli 4 lõike 1 punkti d tähenduses. Niisugustele õigustele on omane, et nendega ei seondu osalus kapitalis, vaid üksnes teatud aktsionäri või osaniku õigused. Näitena võib nimetada kasumiosalusõigust [22], mis annab üksnes õiguse saada osa äriühingu kasumist. Kui sissemakse eest antakse aktsiaid, siis on artikli 4 lõike 1 punkti d kohaldamine välistatud. Sellist olukorda hõlmab üksnes artikli 4 lõike 1 punkt c.

49. Lõpuks tuleb kaaluda käesolevate asjaolude kvalifitseerimist direktiivi 69/335 artikli 4 lõike 2 punkti b alla. Nimetatud sätte sõnaselge tingimus eeldab esmalt äriühingu vara suurenemist, ilma et samal ajal suureneks äriühingu kapital, mida võib ka eeltoodu kohaselt [23] käesolevas kohtuasjas oletada.

50. Lisaks sellele peab äriühingu vara suurendamine olema toimunud äriühingu aktsionäri või osaniku poolt teenuste osutamise kaudu. Selliseks teenuseks võib pidada Fratelli Gaggini aktsionäride loobumist oma aktsiatest Aro Tubi kasuks. Ent kahe äriühingu ühinemise ajal ei olnud Fratelli

22 — Vt 17. oktoobri 2002. aasta otsus kohtuasjas C-138/00: Solida ja Tech (EKL 2002, lk I-8905, punkt 28).

23 — Vt punkt 46.

Gaggini aktsionärid soodustatud äriühingu Aro Tubi aktsionärid, vaid viimase emaettevõtja aktsiate omanikud.

51. Artikli 4 lõike 2 punkti b tingimus oleks seega täidetud üksnes aktsionäri või osaniku poolt teenuste osutamise mõiste laiendava tõlgendamise korral, nimelt kui lugeda sellega hõlmatuks kaudse osalusega liikme ehk vaadeldava äriühingu aktsionäriks või osanikuks oleva teise äriühingu aktsionäri või osaniku teenus.

52. Kirjeldatud laiendav tõlgendus tundub olevat täiesti mõeldav. Senises kohtupraktikas on Euroopa Kohus sarnastel asjaoludel juba sedastanud, et artikli 4 lõike 2 punkti b tingimuse täidetuse küsimuse lahendamisel tuleb lähtuda majanduslikust, mitte aga formaalsest sissemaksete allikast lähtuvast lähenemisviisist. [24]

53. Kuid isegi kui äriühingu aktsionäri või osaniku poolt teenuste osutamise koosseisutunnuse ülalnimetatud majandusliku tõlgenduse puhul jõutakse järeldusele, et Fratelli Gaggini ühendamine Aro Tubiga on aktsionäri teenus Aro Tubi huvides, ei ole see siiski piisav artikli 4 lõike 2 punkti b kohaldamiseks. Pigem nõuab nimetatud säte täiendavalt, et aktsionäri või osaniku poolt teenuste osutamine toob kaasa õiguste muutumise äriühingus või võib suurendada äriühingu osade või aktsiate väärtust.

54. Käesoleval juhul ei ole ilmselt tegemist esimese võimalusega, st õiguste muutumisega äriühingus, sest Aro Tubi aktsiate arv ja nominaalväärtus ei muutunud.

55. Ei esine ka teise võimalusena nimetatud äriühingu osade või aktsiate väärtuse suurendamist. Võib küll väita, et Aro Tubi omandas Fratelli Gaggini ühendamisega viimase vara ja Aro Tubi aktsiate (tegelik) väärtus tõusis nimetatud hüvede saamise arvel.

56. Niisugune lähenemisviis ei ole aga kooskõlas artikli 4 lõike 2 punkti b tingimuse eeltoodud majandusliku tõlgendusega. Kui pidada kaudse osalusega aktsionäri või osaniku poolt teenuste osutamist piisavaks, siis tuleneb kõnealuse sätte aluseks olevast kohustuste vastastikkuse põhimõttest, et suurenema peab just sama kaudse aktsionäri või osaniku aktsiate või osade väärtus.

57. Selle asemel et hinnata Aro Tubi aktsiate (tegelikku) väärtust enne ja pärast ühinemist, tuleb pigem omavahel võrrelda Fratelli Gaggini aktsionäride aktsiate (tegelikku) väärtust enne ühinemist ja samadele isikutele pärast ühinemist välja antud Aro Tubi aktsiate

24 — Vt 13. oktoobri 1992. aasta otsus kohtuasjas C-49/91: Weber Haus (EKL 1992, lk I-5207, punkt 11) ja 17. oktoobri 2002. aasta otsus kohtuasjas C-339/99: ESTAG (EKL 2002, lk I-8837, punkt 37).

väärtust. Nimetatud väärtused ei erinenud mingil moel, sest Aro Tubi ja Fratelli Gaggini summaarne väärtus enne ühinemist, mis tervikuna kajastus Fratelli Gaggini aktsiates, on identne „uue" Aro Tubi väärtusega, mida väljendavad selle äriühingu aktsiad. Lõpptulemusena ei muutnud tehing aktsionäride aktsiaportfelli väärtust.

58. Järelikult ei ole artikli 4 lõike 2 punkt b kohaldatav isegi aktsionäri või osaniku poolt teenuste osutamise mõiste majandusliku tõlgenduse korral. Öeldu kehtib eelkõige juhul, kui ka selle tingimuse puhul esitada äriühingute majandusliku potentsiaali tugevdamise — kirjutamata — nõue.

59. Direktiivi 69/335 artikli 4 muud tingimused ei ole antud juhul kohaldatavad. Kõne alla ei tule ka põhikohtuasja kvalifitseerimine direktiivi 69/335 artikli 10 punkti c alla.

60. Seetõttu ei ole lõppkokkuvõttes ühtegi sätet, mille alusel oleks kohaldatav direktiiv 69/335. Nimetatud direktiivi sätted ei keela seega liikmesriigil põhikohtuasja esemeks oleva „emaühingu ühendamise" maksustamist riigilõivuga.

VI. Ettepanek

61. Tuginedes eelnevale, teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata Corte Suprema di Cassazione esitatud eelotsuse küsimusele järgmiselt:

Nõukogu 17. juuli 1969. aasta direktiiviga 69/335/EMÜ kapitali suurendamise kaudse maksustamise kohta ei ole vastuolus see, kui äriühingu ühendamine teise äriühinguga, juhul kui ühendatavale äriühingule kuulusid varem kõik ühendava äriühingu aktsiad või osad (emaühingu ühendamine), maksustatakse põhikohtuasja asjaoludel riigilõivuga, mis moodustab 1% ühendatava äriühingu vara väärtusest.