

**Sprawa C-321/05**

**Hans Markus Kofoed**

**przeciwko**

**Skatteministeriet**

(wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez l'Østre Landsret)

Dyrektywa 90/434/EWG – Wspólny system opodatkowania podziału, wnoszenia aktywów i wymiany udziałów – Decyzja krajowa opodatkująca wymianę udziałów – Wymiana udziałów – Wypłata dywidendy następująca w niedługim czasie po tym zdarzeniu – Nadużycie prawa

Streszczenie wyroku

1. *Zbliżanie ustawodawstw – Wspólny system opodatkowania podziału, wnoszenia aktywów i wymiany udziałów, dotyczących spółek różnych państw członkowskich – Dyrektywa 90/434*

*(dyrektywa Rady nr 90/434, art. 2 lit. d))*

2. *Akty instytucji – Dyrektywy – Wykonanie przez państwa członkowskie*

*(art. 249 akapit trzeci WE)*

3. *Zbliżanie ustawodawstw – Wspólny system opodatkowania podziału, wnoszenia aktywów i wymiany udziałów, dotyczących spółek różnych państw członkowskich – Dyrektywa 90/434*

*(dyrektywa Rady nr 90/434, art. 11 ust. 1 lit. a))*

1. Dyrektywę 90/434 w sprawie wspólnego systemu opodatkowania mającego zastosowanie w przypadku podziału, wnoszenia aktywów i wymiany udziałów, dotyczących spółek różnych państw członkowskich należy interpretować w ten sposób, że system podatkowy obejmujący różne korzyści podatkowe ma zastosowanie bez różnicy do wszystkich transakcji podziału, wnoszenia aktywów i wymiany udziałów, bez względu na to, czy ich przyczyny mają charakter finansowy, gospodarczy, czy też czysto podatkowy.

W tym zakresie pojęcie „wypłaty gotówkowej” przyznawanej wspólnikom spółki nabywanej w ramach wymiany udziałów w rozumieniu art. 2 lit. d) tej dyrektywy obejmuje świadczenia pieniężne mające charakter rzeczywistego wynagrodzenia za nabycie, to znaczy świadczenia, które zostały ustalone w sposób wiążący jako dodatkowe wynagrodzenie za przyznanie udziałów w kapitale zakładowym spółki nabywanej, niezależnie od ewentualnych powodów leżących u podstaw tej transakcji. W związku z tym nie można zakwalifikować jako „wypłaty gotówkowej” w rozumieniu tego przepisu świadczenia pieniężnego wypłaconego przez spółkę nabywaną na rzecz wspólników spółki nabytej, z powodu istnienia określonego związku czasowego lub innego z transakcją nabycia bądź też z uwagi na ewentualny zamiar oszustwa. Przeciwnie, należy zbadać w każdym konkretnym przypadku, uwzględniając wszystkie okoliczności, czy sporne świadczenie nie ma charakteru wiążącego wynagrodzenia za nabycie udziałów.

Wynika z tego, że dywidenda wypłacona przez spółkę nabywaną udziałowcom spółki nabywanej wkrótce po wymianie udziałów, lecz nie stanowi całości integralnej części wynagrodzenia, które ma zostać zapłacone przez spółkę nabywaną, nie powinna być uwzględniana przy obliczaniu „wypłaty gotówkowej” przewidzianej w art. 2 lit. d).

(por. pkt 27–31, 33, 48 i sentencja)

2. Wszystkie organy państw członkowskich przy stosowaniu prawa wspólnotowego mają obowiązek interpretowania go w miarę możliwości zgodnie z treścią i celem dyrektyw wspólnotowych, w celu osiągnięcia zamierzonego przez nie celu. O ile prawdą jest, że wymóg wykadni zgodnej nie może prowadzić do tego, aby dyrektywa sama z siebie i niezależnie od ustawy krajowej dokonującej transpozycji nakładała na jednostki obywateli lub też ustanawiała bądź zaostrzała odpowiedzialność karną osób, które naruszyły jej przepisy, o tyle jednak co do zasady państwa członkowskie może powołać się wobec jednostek na wykadni zgodną prawa krajowego.

(por. pkt 45)

3. Na podstawie art. 11 ust. 1 lit. a) dyrektywy 90/434 w sprawie wspólnego systemu opodatkowania mającego zastosowanie w przypadku łączenia, podziałów, wnoszenia aktywów i wymiany udziałów, dotyczących spółek różnych państw członkowskich państwa członkowskie mogą na zasadzie wyjątku i w szczególnych wypadkach odmówić stosowania wszystkich lub części przepisów dyrektywy lub cofnąć przywileje, w szczególności wtedy, gdy zasadniczym celem lub jednym z zasadniczych celów transakcji wymiany udziałów jest oszustwo podatkowe lub unikanie opodatkowania.

Jeżeli istnieją pewne okoliczności, które mogą ewentualnie uzasadniać zastosowanie tego artykułu, lecz prawo krajowe danego państwa członkowskiego nie zawiera żadnego przepisu go transponującego, opodatkowanie spornej wymiany udziałów można uzasadnić, jeżeli w prawie krajowym istnieje przepis lub zasada ogólna zakazująca nadużycia prawa lub też inne przepisy dotyczące oszustw podatkowych bądź unikania opodatkowania, które mogłyby być interpretowane zgodnie z tym artykułem.

(por. pkt 37, 39, 46, 48 i sentencja)

WYROK TRYBUNAŁU (pierwsza izba)

z dnia 5 lipca 2007 r. (\*)

Dyrektywa 90/434/EWG – Wspólny system opodatkowania zysku, podziałów, wnoszenia aktywów i wymiany udziałów – Decyzja krajowa opodatkująca wymianę udziałów – Wymiana udziałów – Wypłata dywidendy następująca w niedługim czasie po tym zdarzeniu – Nadużycie prawa

W sprawie C-321/05

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Østre Landsret (Dania) postanowieniem z dnia 3 sierpnia 2004 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 23 sierpnia 2005 r., w postępowaniu:

**Hans Markus Kofoed**

przeciwko

**Skatteministeriet,**

TRYBUNAŁ (pierwsza izba),

w składzie: P. Jann (sprawozdawca), prezes izby, A. Tizzano, A. Borg Barthet, M. Ilešić i E. Levits, sędziowie,

rzecznik generalny: J. Kokott,

sekretarz: H. von Holstein, zastępca sekretarza,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 18 stycznia 2007 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu Hansa Markusa Kofoeda przez L. Melchiora Kjeldsena, adwokat,
- w imieniu rządu duńskiego przez J. Moldego działającego w charakterze pełnomocnika, wspieranego przez K. Lundgaard Hansena, adwokat,
- w imieniu rządu Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej przez C. Gibbs działającego w charakterze pełnomocnika, wspieranego przez J. Stratford, barrister,
- w imieniu Komisji Wspólnot Europejskich, przez H. Støvlbæka oraz R. Lyala, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 8 lutego 2007 r.,

wydaje następujący

## Wyrok

1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 2 lit. d) 8 i 11 dyrektywy 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 członkowskich (Dz.U. L 225, str. 1).

2 Wniosek ten został złożony w ramach postępowania pomiędzy H. M. Kofoedem a Skatteministeriet (duńskim ministerstwem finansów) dotyczącego opodatkowania podatkiem dochodowym wymiany udziałów.

## Ramy prawne

### *Uregulowanie wspólnotowe*

3 Dyrektywa 90/434 służy, zgodnie z jej motywem pierwszym, zagwarantowaniu, aby transakcje restrukturyzacji spółek różnych państw członkowskich, takich jak połączenie, podział, wnoszenie aktywów i wymiana udziałów, nie były hamowane przez ograniczenia, niekorzystne warunki lub szczególne utrudnienia wynikające z przepisów podatkowych państw członkowskich.

4 W tym celu dyrektywa ustanawia system, zgodnie z którym takie transakcje same z siebie nie powodują opodatkowania. Ewentualny dochód uzyskany z tych transakcji może zasadniczo być opodatkowany, jednakże jedynie w chwili jego rzeczywistego osiągnięcia.

5 Artykuł 2 lit. d) dyrektywy 90/434 definiuje „wymianę udziałów” jako „operację, przez którą spółka nabywa udziały w kapitale innej spółki, uzyskując w ten sposób wiążące prawa glosu 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, księgową wartość nominalną tych papierów wartościowych”.

6 Zgodnie z art. 2 lit. g) i h) dyrektywy 90/434, przez „spółkę nabywaną” należy rozumieć „spółkę, której udziały są nabywane przez inną spółkę poprzez wymianę papierów wartościowych”, a przez „spółkę nabywającą”, „spółkę, która nabywa udziały poprzez wymianę papierów wartościowych”.

7 Artykuł 8 ust. 1 i 4 dyrektywy ma następującą treść:

„1. W czasie łączenia, podziału lub wymiany udziałów przydziały 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 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 mogły być dokonane w

ramach ??czenia, podzia?u lub wymiany udzia?ów”.

8 Artyku? 11 ust. 1 lit. a) dyrektywy 90/434 stanowi, ?e: „pa?stwo cz?onkowskie mo?e odmówi? stosowania lub cofn?? przywileje wynikaj?ce ze wszystkich lub z cz??ci przepisów tytu?ów II, III i IV tej dyrektywy, w przypadku gdy [...] wymiana udzia?ów ma za zasadniczy cel lub za jeden z zasadniczych celów uchylanie si? od podatków lub unikanie p?acenia podatków [...]”.

#### *Uregulowania krajowe*

9 W prawie du?skim opodatkowanie wymiany udzia?ów nale?y, po pierwsze, do aktieavancebeskatningsloven (ustawy o opodatkowaniu dochodów z akcji) z dnia 15 wrze?nia 1993 r. (Lovtidende 1993 r., str. 4171, zwanej dalej „aktieavancebeskatningsloven”), oraz, po drugie, do fusionsskatteloven (ustawa o opodatkowaniu ??czenia) z dnia 27 sierpnia 1992 r. (Lovtidende 1992 r., str. 3374, zwanej dalej „fusionsskatteloven”).

10 Paragraf 13 aktieavancebeskatningsloven stanowi:

„1. W przypadku wymiany udzia?ów posiadaczowi udzia?ów spółki nabywanej przys?uguje mo?liwo?? opodatkowania zgodnie z § 9 i 11 ustawy o opodatkowaniu ??czenia, je?li zarówno spółka nabywaj?ca, jak i spółka nabywana jest »spółk? pa?stwa cz?onkowskiego« w rozumieniu art. 3 dyrektywy 90/434/EWG. Moment wymiany udzia?ów uwa?any jest za moment po??czenia, je?li wymiana udzia?ów zostanie dokonana najpó?niej w okresie sze?ciu miesi?cy, licz?c od pierwszego dnia wymiany.

2. Wymiana udzia?ów w rozumieniu ust. 1 oznacza operacj?, przez któr? spółka nabywa udzia?y w kapitale innej spółki, uzyskuj?c w ten sposób wi?kszo?? praw g?osu w tej spółce, w zamian za przyznanie udzia?ów w spółce nabywaj?cej udzia?owcom tej drugiej spółki oraz, je?eli ma to zastosowanie, wyp?aty gotówkowej; wyp?ata gotówkowa nie powinna przekracza? 10% warto?ci nominalnej lub, w braku warto?ci nominalnej, warto?ci ksi?gowej tych udzia?ów.

[...]”

11 Paragraf 9 fusionsskatteloven, do którego odsy?a § 13 ust. 1 aktieavancebeskatningsloven, ma nast?puj?c? tre??:

„1. Udzia?y spółki przekazuj?cej [spółki nabywanej] uznaje si? za zbyte przez wspólnika na rzecz osoby trzeciej, je?li zosta?y zbyte za wynagrodzeniem innym ni? udzia?y spółki przejmujecej [spółki nabywaj?cej]. [...]

[...]”

12 Paragraf 11 fusionsskatteloven stanowi:

„1. Udzia?y spółki przejmujecej [spółki nabywaj?cej], które wspólnicy obejmuj? jako wynagrodzenie za udzia?y spółki przekazuj?cej [spółki nabywanej], s? przy ustalaniu ogólnego lub szczególnego dochodu podlegaj?cego opodatkowaniu traktowane jako nabyte w tam samym czasie i po takiej samej cenie jak wymienione udzia?y [...]

[...]”

13 Wiadomo, ?e w chwili zaistnienia okoliczno?ci faktycznych post?powania przed s?dem krajowym, prawo du?skie nie zawiera?o ?adnego przepisu transponuj?cego art. 11 dyrektywy 90/434.

## **Postępowanie przed sądem krajowym i pytanie prejudycjalne**

14 H. M. Kofoed i N. Toft posiadali równą liczbę udziałów w całym kapitale zakładowym spółki Cosmopolit Holding ApS (zwanej dalej „Cosmopolit”), spółki z ograniczoną odpowiedzialnością prawa duńskiego, której kapitał wynosi 240 000 DKK.

15 W dniu 26 października 1993 r. nabyli obaj po jednej akcji o wartości 1 IEP, które stanowiły kapitał zakładowy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością prawa irlandzkiego Dooralong Ltd (zwanej dalej „Dooralong”).

16 Dooralong podwyższyła następnie swój kapitał zakładowy w drodze emisji nowych 21 000 akcji o wartości 1 IEP.

17 W dniu 29 października 1993 r. H. M. Kofoed i N. Toft dokonali wymiany wszystkich udziałów posiadanych przez nich w Cosmopolit na wszystkie nowe akcje spółki Dooralong. W następstwie tej wymiany, każdy z nich posiadał zatem 10 501 akcji w spółce Dooralong. Z kolei spółka Dooralong była w posiadaniu całego kapitału zakładowego spółki Cosmopolit.

18 W dniu 1 listopada 1993 r. Dooralong pobrała dywidendę w wysokości 2 742 616,00 IEP (ok. 26 000 000 DKK) wypłaconą przez niedawno przejętą spółkę córkę Cosmopolit, której kapitał zakładowy został obniżony do 1 709 806 DKK.

19 W dniu 3 listopada 1993 r. walne zgromadzenie Dooralong zdecydowało o wypłacie dywidendy w wysokości 2 742 116 IEP na rzecz dwóch wspólników H. M. Kofoeda i N. Tofta.

20 W ramach opodatkowania z tytułu podatku dochodowego za rok 1993, H. M. Kofoed wskazał w deklaracji o wysokości osiągniętego dochodu, że wymiana udziałów w spółce Cosmopolit na nowe akcje w spółce Dooralong powinna być zwolniona z podatku. Duński organ podatkowy oddalił tę deklarację, stwierdzając, że wypłacone dywidendy należy uznać za czystą transakcję wymiany udziałów, tak że przekroczony został przewidziany przez dyrektywę 90/434 maksymalny 10% próg wartości nominalnej przeniesionych udziałów tytułem ewentualnej wypłaty gotówkowej. Zdaniem tego organu, owa wymiana udziałów nie powinna być objęta zwolnieniem przewidzianym przez tę dyrektywę.

21 W związku z tym, H. M. Kofoed zaskarżył do Landskatteretten decyzję, zgodnie z którą sporna wymiana udziałów nie mogła zostać objęta zwolnieniem przewidzianym przez dyrektywę 90/434. Ponieważ decyzja ta została podtrzymana, H. M. Kofoed złożył skargę do Østre Landsret.

22 W tych okolicznościach Østre Landsret postanowił zawiesić postępowanie i skierować do Trybunału następujące pytanie prejudycjalne:

„Czy art. 2 lit. d) dyrektywy 90/434/EWG należy interpretować w ten sposób, że wymiana udziałów w rozumieniu dyrektywy nie zachodzi, jeżeli podmioty uczestniczące w wymianie udziałów jednocześnie z porozumieniem w sprawie wymiany, nie zobowiązują się prawnie, wyrażając wspólną wolę głosowania podczas pierwszego następującego po wymianie walnego zgromadzenia spółki za wypłatę zysku, który przekracza 10% wartości nominalnej papierów wartościowych przekazanych przy wymianie udziałów, i zysk ten rzeczywiście zostanie wypłacony?”

## **W przedmiocie pytania prejudycjalnego**

23 Przez swoje pytanie sąd odsyłający zasadniczo zmierza do ustalenia, czy w

okolicznościach, takich jak okoliczności postępowania przed sądem krajowym, art. 8 ust. 1 dyrektywy 90/434 sprzeciwia się opodatkowaniu takiej, jak sporna, wymiany udziałów.

W tym kontekście sąd odsyłający w pierwszej kolejności zmierza do ustalenia, czy taka wymiana udziałów stanowi „wymianę udziałów” w rozumieniu art. 2 lit. d) tej dyrektywy, a w szczególności, czy taka jak została wypłacona dywidenda powinna zostać uwzględniona przy obliczaniu przewidzianej w tym artykule „wypłaty gotówkowej”.

W drugiej kolejności sąd krajowy zasadniczo zmierza do ustalenia, czy organ podatkowy może zareagować na ewentualne nadużycie prawa, pomimo iż prawodawca krajowy nie przyjął szczególnych przepisów w celu transponowania art. 11 dyrektywy 90/434.

*W przedmiocie zakwalifikowania jako „wymiany udziałów” w rozumieniu dyrektywy 90/434*

24 Tytułem wstępu należy przypomnieć, że art. 8 ust. 1 dyrektywy 90/434 zakazuje opodatkowywania wspólników spółki nabywanej z tytułu przydziału udziałów w wyniku wymiany udziałów.

25 Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 lit. d) tej dyrektywy „wymiana udziałów” stanowi „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”.

26 W postępowaniu przed sądem krajowym wiadomo, że wymiana spornych udziałów została dokonana w ramach transakcji nabycia w rozumieniu tego przepisu.

27 W każdym razie strony nie zgadzają się w kwestii, czy dywidenda wypłacona przez Dooralong na rzecz H. M. Kofoed i N. Toft wkrótce po owej wymianie udziałów może zostać uznana za część tej transakcji nabycia. Jeżeli by tak było, przekroczony zostałby 10% próg przewidziany przez art. 2 lit. d) dyrektywy 90/434 dla wypłaty gotówkowej, co oznaczałoby opodatkowanie rzeczony transakcji wymiany udziałów.

28 W tym zakresie należy stwierdzić, jak na to wskazał rzecznik generalny w pkt 44–47 oraz 52 i 53 opinii, że pojęcie „wypłaty gotówkowej” w rozumieniu art. 2 lit. d) dyrektywy 90/434 obejmuje świadczenia pieniężne mające charakter rzeczywistego wynagrodzenia za nabycie, to znaczy świadczenia, które zostały ustalone w sposób wiążący jako dodatkowe wynagrodzenie za przyznanie udziałów w kapitale zakładowym spółki nabywanej, niezależnie od ewentualnych powodów leżących u podstaw tej transakcji.

29 W rzeczywistości bowiem z celów i systematyki dyrektywy 90/434 wynika, że wypłata gotówkowa i czynność nabycia stanowi część tej samej transakcji. W rzeczywistości wypłata stanowi integralną część wynagrodzenia, które spółka nabywająca płaci na rzecz wspólników spółki nabywanej w celu uzyskania w niej większościowego udziału.

30 Podobnie Trybuna? orzek? ju?, ?e z art. 2 lit. d) oraz z ogólnych celów dyrektywy 90/434 wynika, i? ustanowiony przez ni? wspólny system podatkowy obejmuj?cy ró?ne korzy?ci podatkowe ma zastosowanie bez ró?nicy do wszystkich transakcji po??czenia, podzia?u, wnoszenia aktywów i wymiany udzia?ów, bez wzgl?du na to, czy ich przyczyny maj? charakter finansowy, gospodarczy, czy te? czysto podatkowy (zob. wyrok z dnia 17 lipca 1997 r. w sprawie C?28/95 Leur-Bloem, Rec. str. I?4161, pkt 36).

31 W zwi?zku z tym nie mo?na zakwalifikowa? jako „wyp?aty gotówkowej” w rozumieniu art. 2 lit. d) dyrektywy 90/434 ?wiadczenia pieni??nego wyp?acanego przez spó?k? nabywaj?c? na rzecz wspólników spó?ki nabytej, z powodu istnienia okre?lonego zwi?zku czasowego lub innego z transakcj? nabycia b?d? te? z uwagi na ewentualny zamiar oszustwa. Przeciwnie, nale?y zbada? w ka?dym konkretnym przypadku, uwzgl?dniaj?c wszystkie okoliczno?ci, czy sporne ?wiadczenie nie ma charakteru wi???cego wynagrodzenia za nabycie udzia?ów.

32 Za tak? wyk?adni? przemawia cel dyrektywy 90/434 polegaj?cy na wyeliminowaniu przeszkód finansowych w transgranicznej restrukturyzacji przedsi?biorstw finansowych, po pierwsze, poprzez zapewnienie, ?e ewentualne podwy?szenie warto?ci udzia?ów nie b?dzie opodatkowane przed jego faktycznym dokonaniem, oraz po drugie, poprzez unikanie opodatkowania transakcji, z których wynikaj? znaczne zyski kapita?owe osi?gane w trakcie wymiany udzia?ów, jedynie na tej podstawie, i? wpisuj? si? one w ramy restrukturyzacji.

33 Nale?y stwierdzi?, ?e w post?powaniu przed s?dem krajowym w aktach brak jest jakiegokolwiek elementu, który ?wiadczy?by o tym, ?e sporna dywidenda mia?aby stanowi? integraln? cz??? wynagrodzenia, które spó?ka Dooralong mia?aby zap?aci? za nabycie udzia?ów w Cosmopolit, co stanowi przes?ank? zakwalifikowania jej jako „wyp?aty gotówkowej” w rozumieniu art. 2 lit. d) dyrektywy 90/434. Wr?cz przeciwnie, zdaniem s?du krajowego, wiadomo, ?e nigdy nie istnia?o porozumienie pomi?dzy H. M. Kofoedem i N. Toftem a spó?k? Dooralong, które zobowi?zywa?oby j? do wyp?aty dywidendy.

34 W tych okoliczno?ciach nie mo?na uwzgl?dni? spornej w post?powaniu przed sadem krajowym dywidendy przy obliczaniu „wyp?aty gotówkowej”, przewidzianej w art. lit. d) dyrektywy 90/434.

35 W zwi?zku z tym, sporna wymiana udzia?ów nale?y do art. 8 ust. 1 dyrektywy 90/434, co oznacza, ?e jej opodatkowanie jest co do zasady zakazane.

36 Niemniej poniewa? rz?d du?ski wielokrotnie podkre?la?, i? sporna w post?powaniu przed s?dem krajowym wymiana udzia?ów zosta?a przeprowadzona bez ?adnych powodów gospodarczych, a jedynie w celu dokonania oszcz?dno?ci podatkowych, nale?y zastanowi? si? jeszcze nad zastosowaniem art. 8 ust. 1 w przypadku ewentualnego nadu?ycia prawa.

*W kwestii mo?liwo?ci uwzgl?dnienia ewentualnego nadu?ycia prawa*

37 Na podstawie art. 11 ust. 1 lit. a) dyrektywy 90/434 pa?stwa cz?onkowskie mog? na zasadzie wyj?tku i w szczególnych wypadkach odmówi? stosowania wszystkich lub cz???ci przepisów dyrektywy lub cofn?? przywileje, w szczególno?ci wtedy, gdy zasadniczym celem lub jednym z zasadniczych celów transakcji wymiany udzia?ów jest oszustwo podatkowe lub unikanie opodatkowania. Przepis ten stanowi ponadto, ?e okoliczno??, i? dana transakcja nie zosta?a wykonana z wa?nych powodów gospodarczych, takich jak restrukturyzacja lub racjonalizacja dzia?alno?ci spó?ek uczestnicz?cych w tej transakcji, mo?e stanowi? domniemanie, i? transakcje te mia?y taki cel (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Leur-Bloem, pkt 38 i 39).

38 W ten sposób, art. 11 ust. 1 lit. a) dyrektywy 90/434 stanowi odzwierciedlenie ogólnej zasady wspólnotowej, zgodnie z którą nadużycie prawa jest zakazane. Podmioty nie mogą w sposób oszukawczy lub stanowiący nadużycie powoływać się na przepisy prawa wspólnotowego. Stosowanie przepisów wspólnotowych nie może zostać rozszerzone tak dalece, by obejmowały praktyki stanowiące nadużycie, to znaczy czynności przeprowadzone nie w ramach zwykłych transakcji handlowych, lecz jedynie w celu skorzystania w sposób stanowiący nadużycie z ułatwień przewidzianych przez prawo wspólnotowe (zob. podobnie wyroki z dnia 9 marca 1999 r. w sprawie C-212/97, Rec. str. I-1459, pkt 24; z dnia 21 lutego 2006 r. w sprawie C-255/02 Halifax i in., Zb.Orz. str. I-1609, pkt 68 i 69; z dnia 6 kwietnia 2006 r. w sprawie C-456/04, Zb.Orz. str. I-3395, pkt 19 i 20, a także z dnia 12 września 2006 r. w sprawie C-196/04 Cadbury Schweppes i Cadbury Schweppes Overseas, Zb.Orz. str. I-7995, pkt 35).

39 Prawdą jest, że w postępowaniu przed sądem krajowym, jak zauważa rzecznik generalny w pkt 59 opinii, istnieją pewne okoliczności, które mogą ewentualnie uzasadniać zastosowanie art. 11 ust. 1 lit. a) dyrektywy 90/434.

40 W każdym razie w pierwszej kolejności należy zastanowić się, czy w braku szczególnego przepisu krajowego transponującego art. 11 ust. 1 lit. a) dyrektywy 90/434 do prawa duńskiego, przepis ten może mimo wszystko znaleźć zastosowanie do sprawy przed sądem krajowym.

41 W tym zakresie należy podkreślić, że zgodnie z art. 10 i 249 WE każde państwo członkowskie będące adresatem dyrektywy ma obowiązek przyjąć w swoim krajowym porządku prawnym wszystkie niezbędne przepisy w celu zapewnienia pełnej skuteczności dyrektywy, zgodnie z jej zamierzonymi celami (zob. w szczególności wyrok z dnia 10 marca 2005 r. w sprawie C-531/03 Komisja przeciwko Niemcom, niepublikowany w Zbiorze, pkt 16, oraz wyrok z dnia 16 czerwca 2005 r. w sprawie C-456/03 Komisja przeciwko Włochom, Rec. str. I-5335, pkt 50).

42 Ponadto zasada pewności prawa sprzeciwia się temu, aby dyrektywy same przez się mogły nakładać obowiązki na jednostki. W związku z tym państwo członkowskie nie może powoływać się na dyrektywy przeciwko jednostkom (zob. w szczególności wyroki z dnia 11 czerwca 1987 w sprawie 14/86 Pretore di Salò/X, Rec. str. 2545, pkt 19 i 20; z dnia 8 października 1987 r. w sprawie 80/86 Kolpinghuis Nijmegen, Rec. str. 3969, pkt 9 i 13; z dnia 26 września 1996 r. w sprawie C-168/95 Arcaro, Rec. str. I-4705, pkt 36 i 37, a także z dnia 3 maja 2005 r. w sprawach połączonych C-387/02, C-391/02 oraz C-403/02 Berlusconi i in., Rec. str. I-3565, pkt 73 i 74).

43 Jednak, w pierwszej kolejności należy podkreślić, że zgodnie z samą treścią art. 249 akapit trzeci WE państwa członkowskie mają swobodę wyboru sposobu i środków wprowadzenia w życie dyrektyw, co umożliwia zagwarantowanie w większym stopniu osiągnięcia stawianych przez nie celów (zob. podobnie ww. wyrok z dnia 16 czerwca 2005 r. w sprawie Komisja przeciwko Włochom, pkt 51).

44 W związku z tym, do tego, aby sytuacja prawna wynikająca z krajowych przepisów transponujących była na tyle precyzyjna i jasna, aby umożliwić jednostkom zapoznanie się z treścią ich praw i obowiązków, transpozycja dyrektywy niekoniecznie wymaga podjęcia działań prawodawczych w każdym państwie członkowskim. Podobnie, jak podniósł rzecznik generalny w pkt 62 opinii, w niektórych wypadkach transpozycja dyrektywy może w zależności od jej treści zostać dokonana poprzez odwołanie się do ogólnego kontekstu prawnego tak, że formalne i wyraźne powtórzenie przepisów dyrektywy w szczególnych przepisach krajowych nie jest konieczne (zob. ww. wyrok z dnia 16 czerwca 2005 r. w sprawie Komisja przeciwko Włochom, pkt 51, oraz z dnia 6 kwietnia 2006 r. w sprawie C-428/04 Komisja przeciwko Austrii, Rec. str. I-3325, str. 99).

45 Po drugie, należy przypomnieć, że wszystkie organy państw członkowskich przy stosowaniu prawa wspólnotowego mają obowiązek interpretowania go w miarę możliwości zgodnie z treścią i celem dyrektyw wspólnotowych, w celu osiągnięcia zamierzonego przez nie celu. O ile prawdą jest, że wymóg wykazania zgodnej nie może prowadzić do tego, aby dyrektywa sama z siebie i niezależnie od ustawy krajowej dokonującej transpozycji nakładała na jednostki obowiązki lub te ustanawiała bądź zaostrzała odpowiedzialność karną osób, które naruszyły jej przepisy, o tyle jednak co do zasady dopuszczalne jest, aby państwa członkowskie mogło powołać się wobec jednostek na wykazaną zgodną prawa krajowego (zob. podobnie ww. wyroki w sprawie Kolpinghuis Nijmegen, pkt 12–14, oraz w sprawie Arcaro, pkt 41 i 42).

46 W sprawie przed sądem krajowym, co zauważył rzecznik generalny w pkt 63 opinii, to do sądu krajowego należy ocena, czy w prawie danym istnieje przepis lub zasada ogólna zakazująca nadużycia prawa lub te inne przepisy dotyczące oszustw podatkowych bądź unikania opodatkowania, które mogłyby być interpretowane jako zgodne z art. 11 ust. 1 lit. a) dyrektywy 90/434, i tym samym mogłyby uzasadnić opodatkowanie spornej wymiany udziałów (zob. także wyrok z dnia 19 stycznia 1982 r. w sprawie 8/81 Becker, Rec. str. 53, pkt 34).

47 W razie potrzeby, do sądu krajowego należy zbadanie, czy w toczącym się przed nim postępowaniu zostały spełnione przesłanki zastosowania tych przepisów.

48 Z uwagi na powyższe, na skierowane pytanie należy odpowiedzieć, iż w okolicznościach takich, jak w postępowaniu przed sądem krajowym, wypłata dywidenda, nie powinna być uwzględniana przy obliczaniu „wypłaty gotówkowej” przewidzianej w art. 2 lit. d) dyrektywy 90/434, oraz że tym samym, sporna wymiana udziałów stanowi „wymianę udziałów” w rozumieniu art. 2 lit. d) tej dyrektywy.

W związku z tym art. 8 ust. 1 dyrektywy 90/434 co do zasady sprzeciwia się opodatkowaniu takiej wymiany udziałów, chyba że można poddać zasady prawa krajowego dotyczące nadużycia prawa, oszustw podatkowych lub unikania opodatkowania wykazanej zgodnej z art. 11 ust. 1 lit. a) dyrektywy 90/434 i na tej podstawie uzasadnić jej opodatkowanie.

### **W przedmiocie kosztów**

49 Dla stron postępowania przed sądem krajowym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed tym sądem; do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż poniesione przez strony postępowania przed sądem krajowym, nie podlegają zwrotowi.

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

**W okolicznościach takich, jak w postępowaniu przed sądem krajowym, wypłata dywidenda, nie powinna być uwzględniana przy obliczaniu „wypłaty gotówkowej” przewidzianej w art. 2 lit. d) dyrektywy 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 członkowskich, oraz że tym samym, sporna wymiana udziałów stanowi „wymianę udziałów” w rozumieniu art. 2 lit. d) tej dyrektywy.**

**W związku z tym art. 8 ust. 1 dyrektywy 90/434 co do zasady sprzeciwia się opodatkowaniu takiej wymiany udziałów, chyba że można poddać zasady prawa krajowego dotyczące nadużycia prawa, oszustw podatkowych lub unikania opodatkowania wykładni zgodnej z art. 11 ust. 1 lit. a) dyrektywy 90/434 i na tej podstawie uzasadnić jej opodatkowanie.**

Podpisy

\* Język postępowania: duński.