FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT JULIANE KOKOTT

fremsat den 26. maj 2005 [1]

I — Indledning

1. Corte Suprema di Cassazione behandler en sag om retmæssigheden af en afgift på en selskabsretlig disposition, som man kan betegne som en »omvendt« fusion af to aktieselskaber. Et moderselskab, der besidder 100% af aktierne i sit datterselskab, bliver derved inkorporeret i datterselskabet. Med sin anmodning om en præjudiciel afgørelse ønsker Corte Suprema oplyst, om en sådan disposition falder ind under anvendelsesområdet for Rådets direktiv 69/335/EØF af 17. juli 1969 om kapitaltilførselsafgifter [2] (herefter »direktiv 69/335«). I så fald vil dispositionen alene være pålagt den ved direktivet harmoniserede kapitaltilførselsafgift. Hvis direktivet derimod ikke omfatter omvendte fusioner, vil medlemsstaterne frit kunne beskatte en sådan disposition på anden vis.

II — Retsforskrifter

A — *Fællesskabsbestemmelser*

2. I henhold til artikel 1 i direktiv 69/335 opkræver medlemsstaterne en harmoniseret afgift — kapitaltilførselsafgiften — på kapitaltilførsler til kapitalselskaber.

3. Artikel 4 i direktiv 69/335 fastsætter de skattepligtige dispositioner således:

»1. Følgende dispositioner er undergivet kapitaltilførselsafgiften:

[...]

1 — Originalsprog: tysk.

2 — EFT 1969 II, s. 405; senest ændret ved Akt vedrørende vilkårene for Den Tjekkiske Republiks, Republikken Estlands, Republikken Cyperns, Republikken Letlands, Republikken Litauens, Republikken Ungarns, Republikken Maltas, Republikken Polens, Republikken Sloveniens og Den Slovakiske Republiks tiltrædelse og tilpasningerne af de traktater, der danner grundlag for Den Europæiske Union — Bilag II: Liste omhandlet i artikel 20 i tiltrædelsesakten — EUT 2003 L 236, s. 555.

c) udvidelse af kapitalen i et kapitalselskab ved indskud af enhver art

[...]«

d) udvidelse af selskabsformuen i et kapitalselskab ved indskud af enhver art, for hvilke der ikke indrømmes selskabsrettigheder, der repræsenterer nogen andel i kapitalen eller i selskabsformuen, men sådanne rettigheder, som indrømmes deltagere, som f.eks. stemmeret, ret til andel i overskuddet eller til likvidationsprovenu

4. I henhold til artikel 7 i direktiv 69/335 indrømmer medlemsstaterne fritagelse for kapitaltilførselsafgift for dispositioner, som den 1. juli 1984 efter de dagældende bestemmelser var fritaget for afgift eller var pålagt en nedsat afgift på 0,5% [3]. Fritagelsen gælder følgelig for tilførsel af mindst 75% af andelene i et kapitalselskab til et kapitalselskab under stiftelse, eller som allerede består, hvorved der for dette indskud i det væsentlige ydes selskabsandele (i moderselskabet).

[...]

2. Følgende dispositioner kan, for så vidt de den 1. juli 1984 var pålagt 1%-satsen, fortsat pålægges kapitaltilførselsafgift:

5. Endelig bestemmer artikel 10 i direktiv 69/335 følgende:

[...]

»Bortset fra kapitaltilførselsafgiften opkræver medlemsstaterne af selskaber, personsammenslutninger eller juridiske personer med

b) udvidelse af selskabsformuen i et kapitalselskab ved ydelser fra en deltager, der ikke medfører nogen udvidelse af kapitalen, men modsvares af en ændring af selskabsrettighederne eller er egnet til at øge selskabsandelenes værdi

3 — De dispositioner, der er fritaget, fremgår af artikel 7, stk.1, som ændret ved direktiv 73/79/EØF (EFT L 103, s. 13) og 73/80/EØF (EFT L 103, s. 15), der bestemte følgende:
»b a) satsen for kapitaltilførselsafgiften kan nedsættes med 50% eller mere, når et kapitalselskab, der er under stiftelse eller som allerede består, opnår andele, som repræsenterer mindst 75% af et andet kapitalselskabs tidligere udbudte selskabskapital [...]
Denne nedsættelse er betinget af,
— at der alene ydes selskabsandele for indskuddene [...]«

erhvervsformål ingen andre skatter eller afgifter af nogen art på:

a) de i artikel 4 nævnte dispositioner

b) indskud, lån eller ydelser i forbindelse med de i artikel 4 nævnte dispositioner

c) indregistrering eller andre formaliteter, der går forud for udøvelse af en virksomhed, og som et selskab, en personsammenslutning eller en juridisk person med erhvervsformål kan underkastes på grund af deres juridiske karakter.«

B — *Italienske retsforskrifter*

6. Ifølge den forelæggende rets oplysninger finder artikel 4, stk. 1, litra b), i første del af tarifbestemmelserne i bilaget til dekret nr. 131 af 26. april 1986 fra republikkens præsident, som ændret ved artikel 10 i lovdekret nr. 323 af 20. juni 1996 (ophøjet til lov nr. 425 af 8. august 1996), anvendelse i tidsmæssig henseende i hovedsagen.

7. Herefter var enhver form for fusion af selskaber undergivet en kapitaltilførselsafgift på 1% af det fusionerede henholdsvis det inkorporerede selskabs formue. Beregningsgrundlaget for afgiften — såvel som de civilretlige betingelser for en selskabsfusion — fremgår af artikel 2501 ff. i Codice Civile, hvis nærmere indhold dog ikke er videre relevant for denne sag.

III — De faktiske omstændigheder, retsforhandlingerne og det præjudicielle spørgsmål

8. Aro Tubi Trafilerie SpA, sagsøgeren i hovedsagen (herefter »Aro Tubi«), er et italiensk aktieselskab. Aro Tubi var et helejet datterselskab af Fratelli Gaggini SpA (herefter »Fratelli Gaggini«). Derudover ejede Aro Tubi selv samtlige andele i Aro Tubi Estrusi e Profilati SpA. Ved notarialakt af 19. december 1995 blev såvel dets moderselskab Fratelli Gaggini som dets datterselskab Aro Tubi Estrusi e Profilati SpA inkorporeret i Aro Tubi. Det inkorporerede selskab Fratelli Gagginis aktier blev annulleret; dettes aktionærer modtog som modydelse andelene i det inkorporerende selskab Aro Tubi, som dettes moderselskab Fratelli Gaggini havde besiddet. Det følger deraf, at de fysiske personer, der via Fratelli Gaggini oprindelig kun deltog indirekte i Aro Tubi, som følge af

den »omvendte« fusion således blev direkte selskabsdeltagere i Aro Tubi, da det mellemliggende selskab faldt væk.

9. Ved indregistreringen af denne fusion i det offentlige register blev der af Aro Tubi opkrævet et registreringsgebyr på 1% af selskabsformuen i de inkorporerede selskaber Aro Tubi Estrusi e Profilati SpA og Fratelli Gaggini.

10. Efter betalingen af denne afgift anmodede Aro Tubi om tilbagebetaling af det betalte beløb, da det anså afgiften for uforenelig med direktiv 69/335. Aro Tubi anlagde herefter sag ved Commissione Tributaria Provinciale di Milano til prøvelse af den stiltiende afvisning af denne anmodning og fik medhold heri, men denne afgørelse blev imidlertid appelleret af den statslige skatteforvaltning og ophævet af Commissione Tributaria Regionale i Lombardiet.

11. Corte Suprema di Cassazione, der behandler kassationsanken af denne dom, har ved kendelse af 6. november 2003 [4] forelagt et præjudicielt spørgsmål om, hvorvidt opkrævningen af et registreringsgebyr på 1% af selskabsformuen i det inkorporerede selskab i forbindelse med et selskabs inkorporering i et andet selskab, hvis andele allerede tidligere var fuldstændig ejet af det inkorporerede selskab, er forenelig med direktiv 69/335.

12. I sagen for Domstolen har sagsøgeren i hovedsagen, den italienske regering og Kommissionen indgivet indlæg.

IV — Parternes anbringender

13. Den italienske regering har i det væsentlige henvist til dommen i sag C-152/97 [5] (AGAS). Heraf fremgår, at en fusion af to selskaber ikke falder ind under anvendelsesområdet for direktiv 69/335, når et datterselskab, hvis andele fuldstændig ejes af dets moderselskab, inkorporeres i moderselskabet (en såkaldt »uægte« fusion).

14. Den her foreliggende sag om en »omvendt« fusion — altså inkorporering af moderselskabet i datterselskabet — bør ikke vurderes anderledes end en »uægte« fusion og bør således ikke være omfattet direktivet. Desuden fører inkorporeringen samlet set

4 — Kendelsen indeholder ikke et udtrykkeligt formuleret spørgsmål.

5 — Dom af 27.10.1998, sag C-152/97, AGAS, Sml. I, s. 6553.

heller ikke til en styrkelse af virksomhedens økonomiske kapacitet, hvilket Domstolen har anset for en væsentlig betingelse for, at direktiv 69/335 finder anvendelse.

15. Aro Tubi er derimod af den opfattelse, at opkrævningen af et registreringsgebyr i nærværende sag ikke er foreneligt med direktiv 69/335. Betragtningerne i AGAS-dommen [6] kan ikke overføres på det foreliggende tilfælde, da en »omvendt« fusion som følge af økonomiske og retlige forskelle bør behandles anderledes end en »uægte« fusion.

16. En »omvendt« fusion fører til en styrkelse af datterselskabets økonomiske kapacitet, da dette overtager moderselskabets selskabsformue. Direktiv 69/335 finder derfor anvendelse, og Aro Tubi er således berettiget til afgiftsfritagelse i medfør af artikel 7 i direktiv 69/335.

17. Endelig har Kommissionen anlagt et standpunkt, der ligger midt imellem. Ifølge Kommissionen kan en »omvendt« fusion kun sidestilles med en »uægte« fusion og falde uden for anvendelsesområdet for direktiv 69/335, hvis den ikke fører til en styrkelse af den inkorporerende virksomheds økonomiske kapacitet. Dette er tilfældet, såfremt det inkorporerede selskab ikke besidder andele i andre selskaber end det inkorporerende selskab, således som det er tilfældet i hovedsagen.

18. Hvis det inkorporerede selskab derimod besidder andele i yderligere selskaber, ville den økonomiske kapacitet i det inkorporerende selskab være forøget ved overtagelsen, og dermed ville undtagelserne i AGAS-dommen [7] ikke være opfyldt, hvilket ville have været kritisabelt. I dette tilfælde finder direktiv 69/335 altså anvendelse.

V — Retlig vurdering

19. Den forelæggende ret ønsker nærmere bestemt oplyst, om bestemmelsen i direktiv 69/335 er til hinder for opkrævning af et registreringsgebyr i tilfælde af en »omvendt« fusion, hvor det inkorporerede selskab besidder samtlige selskabsandele i det inkorporerende selskab.

6 — Nævnt ovenfor i fodnote 5.

7 — Nævnt ovenfor i fodnote 5.

A — *Systematikken i direktiv 69/335*

20. Domstolen har i sin hidtidige praksis opstillet klare betingelser for anvendelsen af direktiv 69/335. I Bautiaa og Société française maritime-dommen [8] udtalte Domstolen således:

»Når den omtvistede afgift skal kvalificeres i forhold til direktiv 69/335, og der skal tages stilling til, om den er forenelig med direktivet, navnlig for så vidt angår de satser, der anvendes, må det først undersøges, om dispositioner som dem, der i de to hovedsager har givet anledning til, at der er opkrævet kapitaltilførselsafgift, er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 69/335, ligesom de nævnte dispositioner skal kvalificeres i forhold til direktivet.«

21. Tilsvarende fastslog Domstolen i AGAS-dommen [9] følgende:

»For at være omfattet af direktivet skal den omhandlede disposition derfor kunne henføres til et af de tilfælde, der er beskrevet i direktivets artikel 4, hvortil der henvises i artikel 10, litra a) og b).«

22. Bestemmelserne i direktiv 69/335 finder dermed anvendelse i følgende rækkefølge. Udgangspunktet er forbuddet i artikel 10 mod at opkræve andre skatter eller afgifter end den harmoniserede kapitaltilførselsafgift. Dette forbud gælder i henhold til litra a) og b) i denne bestemmelse imidlertid kun for afgift på de dispositioner, der er opregnet i artikel 4 i direktivet.

23. Det skal derfor først undersøges, om en disposition kan være omfattet af en af de i artikel 4 opregnede, og om direktivet, og navnlig forbuddet i artikel 10, dermed finder anvendelse. Hvis dette er tilfældet, kan det på grundlag af de øvrige bestemmelser i direktivet fastslås, om dispositionen muligvis er fritaget fra den harmoniserede kapitaltilførselsafgift [10].

24. Alene den kendsgerning, at forudsætningerne for fritagelse fra kapitaltilførselsafgiften efter artikel 7, stk. 1, litra b), i direktiv 69/335 er opfyldt, kan det — i modsætning til det, sagsøgeren i hovedsagen åbenbart mener — ikke sluttes, at der ikke kan opkræves afgift af en disposition som den omstridte »omvendte« fusion. Det kræver, at direktivet overhovedet finder anvendelse, hvilket alene skal efterprøves på grundlag af artikel 10, sammenholdt med artikel 4.

8 — Dom af 13.2.1996, forenede sager C-197/94 og C-252/94, Bautiaa og Société française maritime, Sml. I, s. 505, præmis 31.

9 — Nævnt ovenfor i fodnote 5, præmis 21.

10 — Se vedrørende denne rækkefølge også generaladvokat Cosmas' forslag til afgørelse af 25.6.1998 i AGAS-sagen, nævnt i fodnote 5, punkt 43.

Omfattes en disposition ikke af direktivet, er direktivet ikke til hinder for, at der af den pågældende disposition opkræves andre, ikke-harmoniserede afgifter. Følgelig finder fritagelsen i artikel 7 heller ikke anvendelse.

B — *Anvendelsesområdet for direktiv 69/335*

25. Forbuddet i artikel 10, litra a) og b), forudsætter, at den omhandlede disposition falder ind under et af tilfældene i artikel 4.

1. Artikel 4, stk. 1, litra c), i direktiv 69/335

26. Omstændighederne i hovedsagen kunne for det første være omfattet af artikel 4, stk. 1, litra c), i direktiv 69/335.

a) Kapitaludvidelse

27. Den »omvendte« fusion skulle i så fald føre til en udvidelse af det overtagende selskabs kapital ved et indskud. En udvidelse af den tegnede kapital forudsætter normalt, at der enten udstedes nye aktier, eller at de allerede udstedte aktiers nominelle værdi forhøjes [11]. I den af Aro Tubi fremlagte fusionsaftale, punkt 1 c, er det imidlertid udtrykkeligt bestemt, at der ikke i den forstand vil ske en udvidelse af det inkorporerende selskabs (Aro Tubis) kapital. Dette er ubestridt mellem parterne i hovedsagen.

28. I lyset af den klare formulering kan der heller ikke ses bort fra kravet om en kapitaludvidelse, således som Aro Tubi foreslår. Det her omhandlede forhold kunne vel være omfattet af artikel 4, stk. 1, litra c), i direktiv 69/335, hvis man anlægger en vid fortolkning af begrebet kapitaludvidelse. I det foreliggende tilfælde ændredes en deltagelse i Fratelli Gaggini til en deltagelse i Aro Tubi. Aktierne i Aro Tubi, der tidligere var ejet af Fratelli Gaggini, overgik til selskabsdeltagerne i Fratelli Gaggini. Det er dog tvivlsomt, om man kan sidestille denne overgang af andelene i Aro Tubi med udstedelsen af nye aktier og dermed anse det for en kapitaludvidelse i videste forstand.

11 — Se hertil bl.a. *Académie des sciences commerciales* (udg.), Dictionnaire commercial, 1987, under »capital« og »capital social«, Gabler Wirtschafts-Lexikon, 12. udgave, 1988, under »Kapital« og »Kapitalerhöhung«.

29. En sådan vid fortolkning af begrebet kapitaludvidelse må imidlertid afvises. I henhold til Domstolens praksis skal betingelserne i artikel 4 i direktiv 69/335 fortolkes selvstændigt på grundlag af fællesskabsretten, dvs. objektivt og på samme måde for alle medlemsstaterne og uden hensyntagen til særlige forhold i de enkelte nationale retsordener eller skattesystemer [12]. Men en selvstændig, fællesskabsretlig fortolkning af begrebet kapitaludvidelse kan ikke fuldstændigt afvige fra den naturlige forståelse af begrebet.

30. Ved begreberne kapitalselskabs kapital og kapitaludvidelse er der ikke kun tale om (fællesskabs-)retlige, men også om økonomiske begreber, som i den erhvervsøkonomiske dogmatik har én bestemt betydning, som er den samme uanset stat og sprog. Et kapitalselskabs (egen-)kapital svarer således til den samlede nominelle værdi af selskabsandelene, og en kapitaludvidelse — uanset i hvilken form — forudsætter således enten udvidelse af den nominelle værdi eller af antallet af selskabsandele [13]. Det ville være overraskende, hvis direktivudstederen skulle have tillagt begrebet kapitaludvidelse i direktivet en anden betydning end den, der svarer til den fast forankrede økonomiske terminologi.

31. Følgelig kan fortolkningen af begrebet kapitaludvidelse ikke medføre, at den blotte forvandling af en indirekte deltagelse til en direkte deltagelse ved inkorporering af det mellemliggende selskab (Fratelli Gaggini) omfattes af begrebet. For i dette tilfælde er andelene alene blevet overført fra det mellemliggende selskab til dette selskabs selskabsdeltagere uden nogen ændring af andelenes antal eller deres nominelle værdi.

32. Det er herved underordnet, om de andele i Aro Tubi, som Fratelli Gaggini oprindeligt ejede, først er blevet overtaget af Aro Tubi selv og derefter givet videre til de tidligere aktionærer i Fratelli Gaggini, eller om andelene uden mellemkommende erhvervelse fra Aro Tubis side er overgået direkte til disse. I ingen af tilfældene er andelenes antal eller værdi blevet ændret.

33. Den omstændighed, at Domstolen i sin hidtidige praksis har anset fusionering af to kapitalselskaber som kapitaludvidelse i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 4, stk. 1, litra c), i direktiv 69/335 [14], er ikke til hinder for den her forfægtede fortolkning af begrebet kapitaludvidelse. Den af Domstolen dengang afgjorte sag var nemlig kendetegnet ved en udvidelse af den nominelle kapital i det overtagende selskab

12 — Société Bautiaa og Société française maritime-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 32, AGAS-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 5, præmis 21; se også dom af 15.7.1982, sag 270/81, Felicitas Rickmers-Linie, Sml. s. 2771, præmis 14.

13 — Se henvisning ovenfor i fodnote 10.

14 — Bautiaa og Société française maritime-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 38.

ved udstedelse af *nye* aktier [15], hvilket ikke er tilfældet i nærværende sag.

b) Styrkelse af den økonomiske kapacitet

34. Selv hvis man — i strid med de foregående betragtninger — sidestillede den blotte overgang af Aro Tubi-aktierne med en kapitaludvidelse som omhandlet i artikel 4, stk. 1, litra c), i direktiv 69/335, skulle denne disposition under alle omstændigheder have ført til en styrkelse af Aro Tubis økonomiske kapacitet. Dette er nemlig, hvilket Domstolen har fremhævet i sin faste praksis [16], det afgørende kriterium for, at en disposition kan anses for at udgøre en kapitaltilførsel og dermed kan undergives kapitaltilførselsafgiften.

35. Det uskrevne krav om en forøgelse af den økonomiske kapacitet udleder Domstolen [17] af anden betragtning i direktiv 74/553/EØF [18], hvorefter de principper, som ligger til grund for den harmoniserede kapitaltilførselsafgift »har til formål kun at pålægge de tilfælde kapitaltilførselsafgift, som er et juridisk udtryk for en kapitalkoncentration, og kun i det omfang, hvor disse medvirker til forøgelse af selskabets økonomiske kapacitet«.

36. Kravet om en styrkelse af den økonomiske kapacitet hænger desuden sammen med formålet i direktiv 69/335 om at fremme de frie kapitalbevægelser mellem medlemsstaterne ved at harmonisere de forskellige nationale afgifter på kapitaltilførsel. I forbindelse med de dispositioner, som således er omfattet af direktivet, skal der følgelig foreligge en kapitalbevægelse, som resulterer i en kapitaltilvækst i det begunstigede selskab.

37. Direktiv 69/335 har derimod ikke til formål at lette den almindelige omstrukturering eller omgruppering af allerede oprettede kapitalselskaber — altså bestående kapitalkoncentrationer [19]. Dette fremgår også af, at den blotte ændring af et kapitalselskabs form ifølge artikel 4, stk. 3, litra a), udtrykkeligt er undtaget fra direktivets anvendelsesområde. Selv om det også måtte være i de erhvervsdrivendes interesse, at selskabsretlige ændringer inden for kapitalselskaber, der er forbundet med hinanden i kraft af kapitaldeltagelse, underkastes så få restriktioner som muligt, er sådanne dispositioner imid-

15 — Se generaladvokat Cosmas' forslag til afgørelse i sagen Bautiaa og Société française maritime, nævnt ovenfor i fodnote 10, punkt 1.

16 — Se bl.a. Felicitas Rickmers-Linie-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 12, præmis 16, dom af 5.2.1991, sag C-249/89, Trave Schiffahrts-Gesellschaft, Sml. I, s. 257, præmis 13, dom af 5.2.1991, sag C-15/89, Deltakabel, Sml. I, s. 241, præmis 13 ff., og Bautiaa og Société française maritime-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 36.

17 — Deltakabel-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 13.

18 — Rådets direktiv af 7.11.1974 om ændring af artikel 5, stk. 2, i direktiv 69/335/EØF om kapitaltilførselsafgifter, EFT L 303, s. 9.

19 — Retten til at stifte datterselskaber, og muligvis også til igen at inkorporere dem, kunne ganske vist være sikret i kraft af etableringsfriheden i artikel 43 EF. Et nationalt forbud mod forskelsbehandling af egne borgere sammen med denne bestemmelse kunne eventuelt også have betydning for den foreliggende sag. Den forelæggende ret har imidlertid alene anmodet om en fortolkning af direktiv 69/335.

lertid kun omfattet af de fællesskabsretlige regler vedrørende den harmoniserede kapitaltilførselsafgift, når de blot ikke foregår som led i en omstrukturering af den allerede rejste kapital, men derudover indgår som led i en (yderligere) kapitaltilførsel.

38. Ved første øjekast kunne man i nærværende »omvendte« fusion antage, at der forelå en styrkelse af Aro Tubis økonomiske kapacitet. Det overtagende selskab Aro Tubis selskabsformue tilføres nemlig det inkorporerede selskab Fratelli Gagginis formue, som tidligere havde udgjort en retlig set særskilt formue. Denne anskuelse, der alene tager det overtagende selskabs formue i betragtning, vil imidlertid være for snæver.

39. I AGAS-dommen [20] har Domstolen nemlig fastslået, at direktiv 69/335 ikke finder anvendelse på en »uægte« fusion, da en sådan fusion ikke falder ind under nogen af dispositionerne i direktivets artikel 4. Dette kan, som Kommissionen og den italienske regering med rette har bemærket, kun forstås på den måde, at det beror på en *samlet* vurdering af situationen for de involverede selskaber før og efter transaktionerne, om der foreligger en styrkelse af den økonomiske kapacitet.

40. Alene på denne måde kan det konstateres, om der er tale om en kapitaltilførsel og dermed en disposition, der er beskyttet af direktiv 69/335. Derfor ville man ikke i det foreliggende tilfælde tage hensyn til de særlige omstændigheder ved »omvendt« fusion, hvis spørgsmålet om styrkelsen af Aro Tubis økonomiske kapacitet alene blev besvaret bekræftende, fordi dets tidligere moderselskabs formue blev inkorporeret i dette selskab.

41. Det må desuden tages i betragtning, at selskabsformuen i de allerede gennem 100%'s deltagelse forbundne selskaber Aro Tubi og Fratelli Gaggini — set som et hele — forblev upåvirket af fusionsakten og fra da af ikke længere var fordelt på to retligt adskilte selskaber, men udelukkende tilhørte én juridisk person. En sådan situation er nemlig på væsentlige punkter identisk med en »uægte« fusion, som den der lå til grund for AGAS-sagen.

42. Dette bliver særlig tydeligt, når man ser på aktionærerne, som er de egentlige investorer bag selskaberne. Set ud fra deres synspunkt førte den »omvendte« fusion hverken til en styrkelse af selskabernes økonomiske kapacitet, eller til en ganske almindelig kapitaltilførsel: Før fusionen var de aktionærer i Fratelli Gaggini. Deres aktier repræsenterede imidlertid ikke kun værdien af dette selskab, men samtidig også værdien af Aro Tubi, der jo som helejet datterselskab af Fratelli Gaggini tilhørte deres selskabsformue. Efter fusionen modtog aktionærerne i

20 — Nævnt ovenfor i fodnote 5.

stedet for de nu ugyldige aktier i Fratelli Gaggini andele i Aro Tubi. Disse udgjorde for deres vedkommende — på samme måde som de »gamle« aktier — alene værdien af begge selskabers samlede formuemasse. Selv om aktierne efter transaktionen formelt set vedrører et andet selskab, er de dog udtryk for den samme økonomiske kapacitet som de værdipapirer, aktionærerne tidligere havde haft.

43. Også selv om det — som sagsøgeren i hovedsagen har fremført — meget vel kan forholde sig således, at fusionen ikke kun er en ren formel, »registreringsteknisk« handling, men også har en vis økonomisk betydning, står det dog i den henseende klart, at de deltagende selskabers økonomiske kapacitet ikke er blevet styrket som følge af en kapitaltilførsel. Følgelig er betingelsen i artikel 4, stk. 1, litra c), i direktiv 69/335 heller ikke opfyldt ved en »omvendt« fusion.

2. Artikel 4, stk. 1, litra d), i direktiv 69/335

44. Der er desuden grund til at overveje anvendelsen af artikel 4, stk.1, litra d), i direktiv 69/335. Ifølge denne bestemmelse falder udvidelsen af selskabsformuen i et kapitalselskab ved indskud af enhver art, for hvilke der ikke indrømmes selskabsrettigheder, der repræsenterer nogen andel i kapitalen eller i selskabsformuen, men sådanne rettigheder, som f.eks. stemmerettigheder eller andel i overskuddet, ind under direktivet. Ved begrebet »selskabsformue« skal derved, til forskel fra artikel 4, stk. 1, litra c), ikke forstås den tegnede kapital, men »alle de aktiver, selskabsdeltagerne har indskudt [i selskabet], samt værditilvæksten heraf« [21].

45. En »omvendt« fusion kan imidlertid ikke henhøre under artikel 4, stk.1, litra d), allerede af den grund, at betingelsen i denne bestemmelse ligeledes skal udvides med det uskrevne kriterium styrkelse af den økonomiske kapacitet, hvilket — som påvist — ikke er sket.

46. Helt bortset derfra er de betingelser, der udtrykkeligt er nævnt i artikel 4, stk. 1, litra d), heller ikke opfyldt. Det kan ganske vist forsvares, at Aro Tubis selskabsformue skal anses for udvidet som følge af inkorporeringen af Fratelli Gagginis selskabsformue. For det fremgår af sagens akter, at Fratelli Gaggini før overtagelsen foruden andelen i Aro Tubi tilsyneladende også besad andre, værdimæssigt ikke ubetydelige formueaktiver, f.eks. rettighederne til fast ejendom og løsøre. Før fusionen af de to selskaber

21 — Dom af 28.3.1990, sag C-38/88, Siegen, Sml. I, s. 1447, præmis 12.

tilhørte disse aktiver alene Fratelli Gaggini. Aro Tubi erhvervede først efter inkorporeringen af sit moderselskab den retlige og økonomiske rådighed over de pågældende aktiver. Derfor taler noget for at anse overdragelsen af disse aktiver i forbindelse med fusionen for en udvidelse af Aro Tubis selskabsformue.

47. Imidlertid er en udvidelse af selskabsformuen ikke nok til at opfylde betingelserne i artikel 4, stk. 1, litra d). Bestemmelsen kræver desuden, at der indrømmes andre rettigheder end dem, der giver andel i kapitalen eller selskabsformuen, for indskud, der fører til en udvidelse af selskabsformuen.

48. Man kunne anse aktierne i Fratelli Gaggini som indskud i videste forstand. Som modydelse for overdragelsen af disse andele modtog aktionærerne i Fratelli Gaggini aktier i Aro Tubi. Men aktier udgør netop typeeksemplet på selskabsrettigheder, der er udtryk for en andel i selskabets kapital. Aktier er derimod ikke »deltagerrettigheder« i artikel 4, stk. 1, litra d)'s forstand. Typisk for disse rettigheder er nemlig, at de ikke er udtryk for en kapitalandel, men kun for en selskabsdeltagers individuelle rettigheder. Et eksempel derpå er udbytterettigheder [22], som alene giver ret til en andel i virksomhedens overskud. Bliver der som modydelse for et indskud tildelt aktier, finder artikel 4, stk. 1, litra d), ikke anvendelse. Dette tilfælde omfattes alene af artikel 4, stk. 1, litra c).

3. Artikel 4, stk. 2, litra b), i direktiv 69/335

49. Man kan endelig overveje at henføre det foreliggende tilfælde under artikel 4, stk. 2, litra b), i direktiv 69/335. Det er for det første en udtrykkelig betingelse i denne bestemmelse, at en udvidelse af selskabsformuen ikke samtidig fører til en udvidelse af selskabets kapital, en betingelse som ifølge ovenstående [23] uden videre kan anses for opfyldt.

50. Udvidelse af selskabsformuen skal således være sket ved ydelser fra en selskabsdeltagers side. En sådan ydelse kunne bestå deri, at aktionærerne i Fratelli Gaggini har givet afkald på deres andele i dette selskab til gunst for Aro Tubi. Men med hensyn til aktionærerne i Fratelli Gaggini drejede det sig på tidspunktet for fusionen af de to selskaber

22 — Jf. dom af 17.10.2002, sag C-138/00, Solida og Tech, Sml. I, s. 8905, præmis 28.

23 — Se punkt 46.

ikke om aktionærer i det begunstigede selskab Aro Tubi, men om personer, der havde andel i dettes moderselskab.

51. Betingelsen i artikel 4, stk. 2, litra b), vil altså kun være opfyldt ved en udvidende fortolkning af begrebet selskabsdeltagers ydelse, såfremt også ydelsen fra en indirekte deltager, altså fra en selskabsdeltagers selskabsdeltager, er omfattet.

52. En sådan udvidende fortolkning af begrebet synes mulig. I sin hidtidige praksis har Domstolen i lignende tilfælde allerede fastslået, at der ved afgørelsen af, om en disposition er undergivet artikel 4, stk. 2, litra b), skal anlægges en økonomisk og ikke en formel synsvinkel udelukkende ud fra, hvem indskuddene hidrører fra [24].

53. Selv hvis man i øvrigt i forbindelse med en sådan økonomisk fortolkning af en ydelse fra en deltager kom til det resultat, at Aro Tubis overtagelse af Fratelli Gaggini kunne anses for at være en ydelse fra en selskabsdeltager til gunst for Aro Tubi, ville det ikke være tilstrækkeligt til, at artikel 4, stk. 2, litra b), kunne finde anvendelse. Denne bestemmelse kræver snarere, at selskabsdeltagernes ydelse modsvares af en ændring af selskabsrettighederne eller er egnet til at forøge værdien af selskabsandelene.

54. Det første af disse alternativer, nemlig en ændring af selskabsrettighederne, foreligger tydeligvis ikke, eftersom aktierne i Aro Tubi ikke ændres med hensyn til deres antal og nominel værdi.

55. Forøgelsen af selskabsandelenes værdi i det andet alternativs forstand er ligeledes udelukket. Man kunne ganske vist argumentere for, at Aro Tubi ved inkorporeringen af Fratelli Gaggini overtog dette selskabs formueværdier, og at den (reelle) værdi af aktierne i Aro Tubi blev forøget i kraft af denne tilvækst af aktiver.

56. En sådan anskuelse ville dog ikke være i overensstemmelse med den nævnte økonomiske fortolkning af artikel 4, stk. 2, litra b). Hvis ydelsen fra en indirekte selskabsdeltager er tilstrækkelig, følger det af den synallagmatiske udformning af bestemmelsen, at en forøgelse af selskabsandelenes værdi ligeledes må indtræde med hensyn til denne indirekte selskabsdeltager.

57. Man skal altså ikke sammenligne den (reelle) værdi af aktierne i Aro Tubi før og efter fusionen, men snarere den (reelle) værdi af de aktier, som aktionærerne i Fratelli Gaggini havde, med værdien af Aro Tubi-

24 — Dom af 13.10.1992, sag C-49/91, Weber Haus, Sml. I, s. 5207, præmis 11, og af 17.10.2002, sag C-339/99, ESTAG, Sml. I, s. 8837, præmis 37.

aktierne, som de derefter modtog. De adskiller sig imidlertid på ingen måde fra hinanden, da den samlede virksomhedsværdi af Aro Tubi og Fratelli Gaggini, som samlet udgjordes af aktierne i Fratelli Gaggini, forud for inkorporeringen er identisk med værdien af det »nye« Aro Tubi repræsenteret ved dettes aktier. Altså har værdien af aktionærernes portefølje ikke ændret sig som følge af transaktionen.

58. Følgelig er betingelsen i artikel 4, stk. 2, litra b), selv ved en økonomisk fortolkning af begrebet selskabsdeltagers ydelse ikke opfyldt. Det gælder desto mere, hvis man tillige stiller det — uskrevne — krav om en forøgelse af selskabernes økonomiske kapacitet.

59. De øvrige varianter i artikel 4 i direktiv 69/335 er ikke relevante. Heller ikke en henføring af hovedsagen under artikel 10, litra c), i direktiv 69/335 kan komme på tale.

60. Der er derfor ingen bestemmelse, hvorefter direktiv 69/335 kan finde anvendelse. Bestemmelserne i dette direktiv er således ikke til hinder for, at en medlemsstat opkræver et registreringsgebyr i tilfælde af en »omvendt« fusion som omhandlet i hovedsagen.

VI — Forslag til afgørelse

61. På denne baggrund foreslår jeg at besvare spørgsmålet fra Corte Suprema di Cassazione således:

»Rådets direktiv 69/335/EØF af 17. juli 1969 om kapitaltilførselsafgifter er ikke til hinder for opkrævning af et registreringsgebyr på 1% af selskabsformuen i et inkorporeret selskab, såfremt gebyret opkræves på de i hovedsagen foreliggende betingelser ved et selskabs inkorporering i et andet selskab, hvis kapitalandele tidligere var fuldstændig ejet af det inkorporerede selskab (»omvendt« fusion).«