CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL J. KOKOTT van 26 mei 2005 [1]

I — Inleiding

1. Bij de Corte Suprema di Cassazione (Italië) is een procedure aanhangig over de rechtmatigheid van een belasting op een vennootschappelijke verrichting die als „omgekeerde" fusie van twee vennootschappen kan worden gekwalificeerd. Een moedervennootschap die 100 % van de aandelen van haar dochtervennootschap in handen heeft, wordt door de dochtervennootschap overgenomen. Met haar verzoek om een prejudiciële beslissing wenst de Corte Suprema di Cassazione te vernemen, of een dergelijk geval binnen de werkingssfeer valt van richtlijn 69/335/EEG van de Raad van 17 juli 1969 betreffende de indirecte belastingen op het bijeenbrengen van kapitaal [2] (hierna: „richtlijn 69/335"). In het bevestigende geval valt de verrichting alleen onder het bij die richtlijn geharmoniseerde kapitaalrecht. Indien omgekeerde fusies daarentegen niet onder de richtlijn vallen, staat het de lidstaten vrij een dergelijke verrichting op andere wijze te belasten.

II — Rechtskader

A — *Gemeenschapsrecht*

2. Volgens artikel 1 van richtlijn 69/335 heffen de lidstaten een geharmoniseerd recht — het kapitaalrecht — op de inbreng van kapitaal in kapitaalvennootschappen.

3. Artikel 4 van richtlijn 69/335 bepaalt welke verrichtingen aan belasting zijn onderworpen:

„1. Aan het kapitaalrecht zijn de volgende verrichtingen onderworpen:

[...]

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

2 — PB L 249, blz. 25; laatstelijk gewijzigd bij de Akte betreffende de toetredingsvoorwaarden voor de Tsjechische Republiek, de Republiek Estland, de Republiek Cyprus, de Republiek Letland, de Republiek Litouwen, de Republiek Hongarije, de Republiek Malta, de Republiek Polen, de Republiek Slovenië en de Slowaakse Republiek en de aanpassing van de verdragen waarop de Europese Unie is gegrond — Bijlage II: Lijst bedoeld in artikel 20 van de Toetredingsakte (PB 2003, L 236, blz. 555).

c) de vermeerdering van het vennootschappelijk kapitaal van een kapitaalvennootschap door inbreng van zaken van welke aard ook;

d) de vermeerdering van het vennootschappelijk vermogen van een kapitaalvennootschap door inbreng van zaken van welke aard ook, waarvoor geen rechten worden toegekend die een aandeel in het vennootschappelijk kapitaal of in het vennootschappelijk vermogen vertegenwoordigen, doch rechten van dezelfde aard als die van vennoten, zoals stemrecht, recht op een aandeel in de winst of in het liquidatieoverschot;

[...]

2. De volgende verrichtingen kunnen aan het kapitaalrecht worden onderworpen:

[...]

b) de vermeerdering van het vennootschappelijk vermogen van een kapitaalvennootschap door prestaties van een vennoot, die geen vermeerdering van het vennootschappelijk kapitaal met zich brengen, maar beloond worden met een wijziging van de aandeelhoudersrechten of de waarde van de aandelen kunnen verhogen;

[...]".

4. Volgens artikel 7 van richtlijn 69/335 stellen de lidstaten de verrichtingen die op 1 juli 1984 krachtens de destijds geldende voorwaarden waren vrijgesteld of onderworpen waren aan een verlaagd kapitaalrecht van 0,5 %, vrij. [3] Bijgevolg geldt de vrijstelling voor de inbreng van ten minste 75 % van de aandelen in een kapitaalvennootschap in een nog op te richten of reeds bestaande kapitaalvennootschap, waarbij deze inbreng hoofdzakelijk wordt vergoed door toekenning van aandelen (in de moedervennootschap).

5. Ten slotte bepaalt artikel 10 van richtlijn 69/335:

„Behoudens het kapitaalrecht heffen de lidstaten met betrekking tot de op het maken van winst gerichte vennootschappen, vereni-

3 — Welke verrichtingen zijn vrijgesteld, blijkt derhalve uit artikel 7, lid 1, in de versie van de richtlijnen 73/79/EEG van de Raad van 9 april 1973 (PB L 103, blz. 13) en 73/80/EEG van de Raad van 9 april 1973 (PB L 103, blz. 15), waarin het volgende is bepaald:
„b) bis
Het tarief van het kapitaalrecht kan worden verlaagd met 50 % of meer wanneer een in oprichting zijnde of reeds bestaande kapitaalvennootschap aandelen verwerft die ten minste 75 % van het voordien uitgegeven vennootschappelijk kapitaal van een andere kapitaalvennootschap vertegenwoordigen.
[...]
Deze verlaging is onderworpen aan de volgende voorwaarden:
— de inbreng wordt uitsluitend vergoed door toekenning van aandelen [...]".

gingen of rechtspersonen geen enkele andere belasting in welke vorm ook, ter zake van:

a) de in artikel 4 bedoelde verrichtingen;

b) de inbreng, de leningen of de prestaties, verricht binnen het kader van de in artikel 4 bedoelde verrichtingen;

c) de inschrijving of elke andere formaliteit die een op het maken van winst gerichte vennootschap, vereniging of rechtspersoon vanwege haar rechtsvorm in acht moet nemen alvorens met haar werkzaamheden te kunnen beginnen."

B — *Italiaans recht*

6. Volgens de inlichtingen van de verwijzende rechter is op het hoofdgeding van toepassing artikel 4, eerste alinea, sub b, van het eerste deel van het als bijlage bij decreet nr. 131 van 26 april 1986 van de president van de Republiek gevoegde tarief, in de versie van vóór de wijziging bij artikel 10 van besluitwet nr. 323 van 20 juni 1996 (omgezet in wet nr. 425 van 8 augustus 1996).

7. Volgens dat artikel was de fusie tussen vennootschappen van welke aard ook onderworpen aan een kapitaalrecht ten belope van 1 % van het vermogen van de gefuseerde, respectievelijk overgenomen vennootschap. De heffingsgrondslag voor de belasting berust daarbij — evenals de civielrechtelijke voorschriften met betrekking tot een fusie van vennootschappen — op de artikelen 2501 en volgende van de Codice civile, waarop ik echter niet dieper hoef in te gaan, omdat zij voor de onderhavige procedure niet relevant zijn.

III — Feiten, procedure en prejudiciële vraag

8. Aro Tubi Trafilerie SpA, verzoekster in het hoofdgeding (hierna: „Aro Tubi") is een aandelenvennootschap naar Italiaans recht. Zij was een dochtervennootschap van Fratelli Gaggini SpA (hierna: „Fratelli Gaggini"), die 100 % van haar aandelen in handen had. Bovendien bezat Aro Tubi op haar beurt alle aandelen in Aro Tubi Estrusi e Profilati SpA. Bij notariële akte van 19 december 1995 nam Aro Tubi zowel haar moedervennootschap Fratelli Gaggini als haar dochtervennootschap Aro Tubi Estrusi e Profilati SpA over. De aandelen van de overgenomen vennootschap Fratelli Gaggini werden ingetrokken; hun aandeelhouders ontvingen in ruil daarvoor de aandelen in de overnemende vennootschap Aro Tubi, die voordien in handen waren van haar moedervennootschap Fratelli Gaggini. Aldus verkregen de natuurlijke

personen die oorspronkelijk alleen een indirecte deelneming, namelijk via Fratelli Gaggini, in Aro Tubi hadden, door middel van de „omgekeerde" fusie een rechtstreekse deelneming in Aro Tubi, aangezien de tussenvennootschap wegviel.

9. Bij de inschrijving van deze fusie in het handelsregister werd Aro Tubi belast met een registratierecht van 1 % van het vermogen van de overgenomen vennootschappen Aro Tubi Estrusi e Profilati SpA en Fratelli Gaggini.

10. Nadat Aro Tubi dit registratierecht had betaald, vorderde zij het betaalde bedrag terug, aangezien zij de belasting onverenigbaar achtte met richtlijn 69/335. Tegen de stilzwijgende afwijzing hiervan stelde zij met succes beroep in bij de Commissione Tributaria Provinciale di Milano, wier beslissing echter naar aanleiding van het door de Amministrazione Finanziaria dello Stato ingestelde hoger beroep door de Commissione Tributaria Regionale della Lombardia werd vernietigd.

11. De Corte Suprema di Cassazione, waarbij beroep in cassatie tegen dit arrest werd ingesteld, heeft bij beslissing van 6 november 2003 met zoveel woorden aan het Hof de prejudiciële vraag voorgelegd [4] of het heffen van een registratierecht van 1 % van het vermogen van de overgenomen vennootschap in verband met de overname van een vennootschap door een andere vennootschap, wier aandelen voordien al volledig in handen waren van de overgenomen vennootschap, verenigbaar is met de bepalingen van richtlijn 69/335.

12. In de bij het Hof aanhangige procedure hebben verzoekster in het hoofdgeding, de Italiaanse regering en de Commissie opmerkingen ingediend.

IV — Ingediende opmerkingen

13. De Italiaanse regering beroept zich in wezen op het arrest AGAS. [5] Volgens haar volgt daaruit, dat een fusie tussen twee vennootschappen niet binnen de werkingssfeer van richtlijn 69/335 valt wanneer een dochtervennootschap, wier aandelen volledig in handen zijn van haar moedervennootschap, door de moedervennootschap wordt overgenomen (zogenoemde „oneigenlijke" fusie).

14. Het onderhavige geval, waarin sprake is van een „omgekeerde" fusie — derhalve de overname van de moeder door de dochter — moet als een „oneigenlijke" fusie worden beoordeeld en valt evenmin onder de richtlijn. Bovendien leidt de overname, alle

4 — Een uitdrukkelijk als zodanig geformuleerde vraag bevat de beslissing niet.

5 — Arrest van 27 oktober 1998 (C-152/97, Jurispr. blz. I-6553).

factoren in aanmerking genomen, ook niet tot een versterking van het economisch potentieel van de vennootschap, hetgeen het Hof echter van wezenlijk belang heeft geacht om een verrichting binnen de werkingssfeer van richtlijn 69/335 te doen vallen.

15. Daarentegen meent Aro Tubi dat de heffing van een registratierecht in het onderhavige geval niet met richtlijn 69/335 verenigbaar is. De conclusies in het arrest AGAS [6] kunnen niet op het onderhavige geval worden overgedragen, omdat een „omgekeerde" fusie op grond van economische en juridische verschillen anders moet worden behandeld dan een „oneigenlijke" fusie.

16. Een „omgekeerde" fusie leidt tot een versterking van het economisch potentieel van de dochtervennootschap, omdat deze het maatschappelijk vermogen van de moedervennootschap overneemt. Derhalve is richtlijn 69/335 van toepassing en heeft zij, Aro Tubi, recht op de belastingvrijstelling van artikel 7 van richtlijn 69/335.

17. Ten slotte neemt de Commissie een tussenstandpunt in. Naar haar mening kan een „omgekeerde" fusie alleen dan met een „oneigenlijke" fusie worden gelijkgesteld en valt zij niet binnen de werkingssfeer van richtlijn 69/335, wanneer zij tot geen enkele versterking van het economisch potentieel van de overnemende vennootschap leidt. Dit is alleen het geval wanneer de overgenomen vennootschap naast de deelneming in de overnemende vennootschap geen andere deelnemingen meer bezit, zoals in het hoofdgeding het geval is.

18. Wanneer de overgenomen vennootschap daarentegen deelnemingen in andere vennootschappen bezit, wordt het economisch potentieel van de overnemende vennootschap door de overname versterkt, en is van de uitzonderlijke omstandigheden van het arrest AGAS [7] — die toch al discutabel zijn — geen sprake. In een dergelijk geval is richtlijn 69/335 derhalve van toepassing.

V — Juridische beoordeling

19. De verwijzende rechter wenst in wezen te vernemen of de bepalingen van richtlijn 69/335 zich verzetten tegen de heffing van een registratierecht in geval van een „omgekeerde" fusie, waarbij de overgenomen vennootschap alle aandelen in de overnemende vennootschap in handen heeft.

6 — Arrest aangehaald in voetnoot 5.

7 — Arrest aangehaald in voetnoot 5.

A — *Voorwaarden voor de toepassing van richtlijn 69/335*

20. In zijn rechtspraak heeft het Hof tot op heden duidelijke aanwijzingen gegeven inzake de voorwaarden waaronder richtlijn 69/335 van toepassing is. In het arrest Bautiaa en Société française maritime [8] zette het daartoe het volgende uiteen:

„Teneinde het betrokken recht te kwalificeren vanuit het oogpunt van richtlijn 69/335 en te beoordelen of het, in het bijzonder wat de toepasselijke tarieven betreft, verenigbaar is met deze richtlijn, moet in de eerste plaats worden onderzocht, of verrichtingen als die welke in de twee hoofdgedingen aanleiding hebben gegeven tot de heffing van het kapitaalrecht, binnen de werkingssfeer van richtlijn 69/335 vallen, en moeten deze verrichtingen vanuit het oogpunt van de richtlijn worden gekwalificeerd."

21. Insgelijks besliste het Hof in het arrest AGAS [9]:

„Bijgevolg valt de betrokken verrichting slechts onder de richtlijn wanneer zij kan worden gebracht onder een van de gevallen die worden beschreven in artikel 4 van de richtlijn, waarnaar artikel 10, sub a en b, van de richtlijn verwijst."

22. De voorschriften van richtlijn 69/335 zijn derhalve in deze volgorde van toepassing: uitgangspunt is het verbod in artikel 10 om andere belastingen of rechten te heffen dan het geharmoniseerde kapitaalrecht. Volgens het bepaalde sub a en b van dit artikel geldt dit verbod echter alleen voor de belastingen op de transacties die in artikel 4 van de richtlijn zijn opgesomd.

23. Bijgevolg dient in de eerste plaats te worden onderzocht of een verrichting onder één van de in artikel 4 gedefinieerde situaties en daarmee binnen de werkingssfeer van de richtlijn en met name van het verbod van artikel 10 valt. Alleen wanneer dit het geval is, kan aan de hand van de overige bepalingen van de richtlijn worden vastgesteld of de verrichting wellicht is vrijgesteld van het geharmoniseerde kapitaalrecht. [10]

24. De enkele omstandigheid dat aan de voorwaarden voor de vrijstelling van het kapitaalrecht krachtens artikel 7, lid 1, sub b, van richtlijn 69/335 is voldaan, wettigt — anders dan verzoekster in het hoofdgeding kennelijk meent — nog niet de conclusie dat geen belasting mag worden geheven op een verrichting als de litigieuze „omgekeerde" fusie. Veeleer dient eerst te worden vastgesteld of de richtlijn wel van toepassing is, hetgeen uitsluitend op grond van artikel 10, juncto artikel 4 moet worden onderzocht.

8 — Arrest van 13 februari 1996 (C-197/94 en C-252/94, Jurispr. blz. I-505, punt 31).

9 — Arrest aangehaald in voetnoot 5 (punt 21).

10 — Zie, voor deze volgorde van het onderzoek, eveneens de conclusie van advocaat-generaal Cosmas van 25 juni 1998 in de zaak AGAS (arrest aangehaald in voetnoot 5), punt 43.

Wanneer een verrichting niet onder de richtlijn valt, verzet de richtlijn zich er niet tegen dat andere niet-geharmoniseerde belastingen over deze verrichting worden geheven. Bijgevolg is de vrijstelling krachtens artikel 7 dan evenmin van toepassing.

B — *Werkingssfeer van richtlijn 69/335*

25. Het in artikel 10, sub a en b, geformuleerde verbod veronderstelt dat de in casu aan de orde zijnde verrichting onder één van de in artikel 4 genoemde situaties valt.

1. Artikel 4, lid 1, sub c, van richtlijn 69/335

26. Om te beginnen zou de aan het hoofdgeding ten grondslag liggende situatie onder artikel 4, lid 1, sub c, van richtlijn 69/335 kunnen vallen.

a) Vermeerdering van kapitaal

27. De „omgekeerde" fusie zou derhalve door inbreng van zaken tot een vermeerdering van het kapitaal van de overnemende vennootschap moeten leiden. Een vermeerdering van het geplaatste kapitaal veronderstelt in de regel dat hetzij nieuwe aandelen worden uitgegeven, hetzij de nominale waarde van al uitgegeven aandelen wordt verhoogd. [11] In punt 1 c van de door Aro Tubi overgelegde fusieovereenkomst is echter uitdrukkelijk geregeld, dat een dergelijke vermeerdering van het kapitaal van de overnemende vennootschap (Aro Tubi) niet zal plaatsvinden. Dit wordt door partijen in het hoofdgeding niet betwist.

28. Gezien de uitdrukkelijke bewoordingen kan ook niet aan het vereiste van een vermeerdering van het kapitaal worden voorbijgegaan, zoals Aro Tubi suggereert. De onderhavige situatie zou echter onder artikel 4, lid 1, sub c, van richtlijn 69/335 kunnen vallen, indien het begrip kapitaalvermeerdering ruim wordt uitgelegd. In casu werd de deelneming in Fratelli Gaggini gewijzigd in een deelneming in Aro Tubi. De aandelen in Aro Tubi, die voordien in handen waren van Fratelli Gaggini, kwamen in handen van de aandeelhouders van Fratelli Gaggini. Het is de vraag of deze overgang van de aandelen in Aro Tubi gelijkgesteld kan worden met de uitgifte van nieuwe aandelen en daardoor als een kapitaalvermeerdering in ruime zin kan worden gekwalificeerd.

11 — Zie hiervoor onder andere Académie des sciences commerciales (Uitg.), Dictionnaire commercial, 1987, onder „capital" en „capital social"; Gabler Wirtschafts-Lexikon, 12e druk, 1988, onder „Kapital" en „Kapitalerhöhung".

29. Deze ruime uitlegging van het begrip kapitaalvermeerdering kan niet worden aanvaard. Volgens de rechtspraak van het Hof moeten de bestanddelen van artikel 4 van richtlijn 69/335 in het gemeenschapsrecht autonoom, dat wil zeggen voor alle lidstaten op objectieve en uniforme wijze, zonder verwijzing naar eventuele bijzonderheden van de afzonderlijke nationale rechtsstelsels of naar de structuur van de nationale belastingstelsels, worden uitgelegd. [12] De gemeenschapsautonome uitlegging van het begrip kapitaalvermeerdering kan echter niet volledig voorbijgaan aan de natuurlijke betekenis van dit begrip.

30. De begrippen kapitaal van een kapitaalvennootschap en kapitaalvermeerdering zijn niet alleen (gemeenschaps-)rechtelijke, doch ook economische termen die in de bedrijfseconomie een grens- en taaloverschrijdende vaste betekenis hebben. Op grond hiervan komt het (eigen) kapitaal van een kapitaalvennootschap overeen met de totale nominale waarde van de aandelen in de vennootschap, zodat een kapitaalvermeerdering — van welke vorm ook — de vermeerdering van hetzij de nominale waarde, hetzij het aantal vennootschapsaandelen vooronderstelt. [13] Het zou verrassend zijn indien de communautaire wetgever, die de richtlijn heeft opgesteld, aan het begrip kapitaalvermeerdering in de richtlijn een andere betekenis had willen toekennen dan die welke overeenkomt met de vaste economische terminologie.

31. Bijgevolg kan het begrip kapitaalvermeerdering niet aldus worden uitgelegd dat het de loutere conversie omvat van een indirecte deelneming in een rechtstreekse deelneming door de overneming van de tussenvennootschap (Fratelli Gaggini). In casu zijn immers de aandelen zonder wijziging in aantal of nominale waarde slechts van de tussenvennootschap naar haar aandeelhouders verplaatst.

32. Daarbij is van weinig belang of de oorspronkelijk door Fratelli Gaggini gehouden Aro Tubi-aandelen eerst zijn teruggekeerd naar Aro Tubi zelf en aansluitend zijn uitgegeven aan de vroegere aandeelhouders van Fratelli Gaggini, dan wel of zij rechtstreeks zijn overgegaan zonder dat Aro Tubi ze tussentijds heeft verkregen. In geen van beide gevallen heeft zich namelijk enige wijziging voorgedaan in het aantal of de waarde van de aandelen.

33. Aan de hier verdedigde uitlegging van het begrip kapitaalvermeerdering doet niet af dat het Hof tot dusverre heeft geoordeeld dat de fusie tussen twee kapitaalvennootschappen reeds als een kapitaalvermeerdering in de zin van artikel 4, lid 1, sub c, van richtlijn 69/335 moet worden beschouwd. [14] Het destijds door het Hof te beslissen geval werd

12 — Arresten Société Bautiaa en Société française maritime (aangehaald in voetnoot 8, punt 32); AGAS (aangehaald in voetnoot 5, punt 21), en arrest van 15 juli 1982, Felicitas Rickmers-Linie (270/81, Jurispr. blz. 2771, punt 14).

13 — Zie de in voetnoot 10 genoemde verwijzingen.

14 — Arrest Bautiaa en Société française maritime (aangehaald in voetnoot 8, punt 38).

namelijk juist gekenmerkt door een vermeerdering van het nominale kapitaal van de overnemende vennootschap wegens de emissie van *nieuwe* aandelen [15], waarvan in casu geen sprake is.

b) Versterking van het economisch potentieel

34. Zelfs wanneer men de loutere overdracht van de Aro Tubi-aandelen — anders dan hierboven uiteengezet — gelijkstelt aan een kapitaalvermeerdering in de zin van artikel 4, lid 1, sub c, van richtlijn 69/355, zou deze verrichting hoe dan ook tot een versterking van het economisch potentieel van Aro Tubi hebben moeten bijdragen. Zoals het Hof in vaste rechtspraak [16] heeft geoordeeld, is dit namelijk het doorslaggevende criterium opdat een verrichting als een bijeenbrengen van kapitaal kan worden beschouwd, waardoor zij aan het kapitaalrecht is onderworpen.

35. Het ongeschreven vereiste van de versterking van het economisch potentieel leidt het Hof uit de tweede overweging van de considerans van richtlijn 74/553/EEG [17] af [18], waarin is vermeld dat de grondslagen van het geharmoniseerde kapitaalrecht „beogen aan het kapitaalrecht slechts de verrichtingen te onderwerpen, die de juridische vorm zijn van het bijeenbrengen van kapitaal en alleen voor zover deze bijdragen tot de versterking van het economische potentieel van de vennootschap".

36. Het vereiste van de versterking van het economisch potentieel houdt bovendien verband met de doelstelling van richtlijn 69/335, namelijk de bevordering van het vrije kapitaalverkeer door de harmonisatie van de verschillende nationale belastingen op verrichtingen op het gebied van het bijeenbrengen van kapitaal. Bij de verrichtingen die het doelwit van de richtlijn zijn, moet bijgevolg sprake zijn van een kapitaalbeweging die ertoe leidt dat het kapitaal van de begunstigde vennootschap vermeerdert.

37. Het doel van richtlijn 69/335 bestaat daarentegen niet in het vergemakkelijken van eenvoudige herstructureringen of hergroeperingen van al bestaande kapitaalvennootschappen, dat wil zeggen van bestaande bijeenbrengingen van kapitaal. [19] Dit blijkt bijvoorbeeld ook uit het feit dat de loutere omzetting van een kapitaalvennootschap krachtens artikel 4, lid 3, sub a, uitdrukkelijk van de werkingssfeer van de richtlijn is uitgesloten. Ook al zou het in het belang van de marktdeelnemers kunnen zijn om vennootschapsrechtelijke wijzigingen binnen kapitaalvennootschappen die via aandelen

15 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Cosmas in de zaak Bautiaa en Société française maritime (arrest aangehaald in voetnoot 8), punt 1.

16 — Zie inzonderheid arrest Felicitas Rickmers-Linie (aangehaald in voetnoot 12, punt 16); arresten van 5 februari 1991, Trave-Schiffahrtsgesellschaft (C-249/89, Jurispr. blz. I-257, punt 13); 5 februari 1991, Deltakabel (C-15/89, Jurispr. blz. I-241, punten 13 e.v.), en arrest Société Bautiaa en Société française maritime (aangehaald in voetnoot 8, punt 36).

17 — Richtlijn van de Raad van 7 november 1974 tot wijziging van artikel 5, lid 2, van richtlijn 69/335/EEG betreffende de indirecte belastingen op het bijeenbrengen van kapitaal (PB L 303, blz. 9).

18 — Arrest Deltakabel (aangehaald in voetnoot 16, punt 13).

19 — Het recht om dochtervennootschappen op te richten en deze eventueel weer over te nemen, zou evenwel verzekerd kunnen zijn door de vrijheid van vestiging in de zin van artikel 43 EG. Gecombineerd met een nationaal verbod van discriminatie van onderdanen zou deze garantie eventueel ook voor de onderhavige situatie van belang kunnen zijn. De verwijzende rechter heeft echter in zijn verwijzingsbeslissing alleen om uitlegging van richtlijn 69/335 verzocht.

aan elkaar zijn gelieerd, zo weinig mogelijk te belemmeren, dit laat onverlet dat dergelijke verrichtingen alleen onder de communautaire voorschriften inzake het geharmoniseerde kapitaalrecht vallen wanneer zij niet beperkt zijn tot een omzetting van het al bijeengebrachte kapitaal, maar daarnaast gepaard gaan met een (nieuwe) bijeenbrenging van kapitaal.

38. Aangezien in het onderhavige geval sprake is van een „omgekeerde" fusie, zou men op het eerste gezicht kunnen menen dat het economisch potentieel van Aro Tubi is versterkt. In het vermogen van de overnemende vennootschap Aro Tubi werd immers het vermogen van de overgenomen vennootschap Fratelli Gaggini, dat voordien juridisch gezien een afzonderlijk vermogen vormde, ingebracht. Een dergelijke zienswijze, die alleen rekening houdt met de vermogenstoestand van de overnemende vennootschap, zou echter tekortschieten.

39. In het arrest AGAS [20] heeft het Hof namelijk vastgesteld dat een „oneigenlijke" fusie niet binnen de werkingssfeer van richtlijn 69/335 valt, omdat zo'n fusie niet valt onder een van de in artikel 4 van de richtlijn genoemde gevallen. Zoals de Commissie en de Italiaanse regering terecht opmerken, kan dit alleen aldus worden verstaan dat de beslissende maatstaf voor het bestaan van een versterking van het economisch potentieel impliceert dat de *volledige* situatie van de betrokken vennootschappen zowel vóór als na de verrichting wordt onderzocht.

40. Alleen op deze wijze kan namelijk worden vastgesteld of bij een dergelijke toedracht sprake is van het inbrengen van kapitaal en derhalve van een verrichting die door richtlijn 69/335 wordt beschermd. Indien dus de vraag naar een versterking van het economisch potentieel van Aro Tubi alleen bevestigend werd beantwoord, omdat in die vennootschap het vermogen van haar voormalige moedervennootschap is ingebracht, zou in het onderhavige geval geen rekening worden gehouden met de bijzondere kenmerken van een „omgekeerde" fusie.

41. Veeleer moet in aanmerking worden genomen, dat het vermogen — in zijn geheel gezien — van de voordien reeds door een deelneming van 100 % gelieerde vennootschappen Aro Tubi en Fratelli Gaggini door de fusie onveranderd is gebleven, met dien verstande dat het nu niet meer over twee juridisch afzonderlijke vennootschappen is verdeeld doch uitsluitend aan één rechtspersoon is toegekend. Een dergelijke situatie is, wat de in casu wezenlijke aspecten betreft, namelijk identiek aan die van een „oneigenlijke" fusie, zoals deze ten grondslag lag aan het arrest AGAS.

42. Dit wordt met name duidelijk wanneer men de situatie van de aandeelhouders beziet, die immers de eigenlijke, achter de vennootschappen staande verschaffers van het kapitaal zijn. Vanuit hun gezichtspunt leidt de „omgekeerde" fusie noch tot een versterking van het economisch potentieel der vennootschappen, noch in het algemeen tot het bijeenbrengen van kapitaal: vóór de fusie waren zij aandeelhouders van Fratelli

20 — Aangehaald in voetnoot 5.

Gaggini. Hun aandelen vertegenwoordigden echter niet alleen de waarde van deze vennootschap, doch eveneens de waarde van Aro Tubi, die als 100 %-dochtervennootschap van Fratelli Gaggini uiteraard deel uitmaakte van het vermogen van die vennootschap. Na de fusie ontvingen de aandeelhouders, in plaats van de thans ingetrokken aandelen in Fratelli Gaggini, aandelen in Aro Tubi. Deze vertegenwoordigden echter voor die aandeelhouders — evenals de „oude" aandelen — niets anders dan de waarde van de gezamenlijke vermogens van beide vennootschappen. Ofschoon de aandelen na de transactie formeel op een andere vennootschap betrekking hebben, vertegenwoordigen zij hetzelfde economische potentieel als de waardepapieren die de aandeelhouders vroeger bezaten.

43. Ook al kan het — zoals verzoekster in het hoofdgeding betoogt — heel wel zo zijn dat de fusie geen zuiver formele, „registratietechnische" handeling is, maar een zeker economisch belang kan vertegenwoordigen, het is nochtans duidelijk dat geen versterking van het economisch potentieel van de betrokken vennootschappen als gevolg van een bijeenbrenging van kapitaal heeft plaatsgehad. Derhalve voldoet een „omgekeerde" fusie ook om deze reden niet aan de vereisten van artikel 4, lid 1, sub c, van richtlijn 69/335.

2. Artikel 4, lid 1, sub d, van richtlijn 69/335

44. Voorts moet worden nagegaan of artikel 4, lid 1, sub d, van richtlijn 69/335 van toepassing is. Dit bepaalt dat de vermeerdering van het vennootschappelijk vermogen van een kapitaalvennootschap door inbreng van zaken van welke aard ook, waarvoor geen rechten worden toegekend die een aandeel in het vennootschappelijk kapitaal of in het vennootschappelijk vermogen vertegenwoordigen, doch rechten van andere aard, zoals stemrechten of rechten op een aandeel in de winst, binnen de werkingssfeer van de richtlijn vallen. Onder „vennootschappelijk vermogen" moet daarbij ter afbakening van artikel 4, lid 1, sub c, niet het geplaatste kapitaal worden verstaan, maar „alle goederen die de vennoten in gemeenschap [in de vennootschap] hebben gebracht, tezamen met de aanwas daarvan". [21]

45. De verrichting van de omgekeerde fusie kan echter alleen al op grond hiervan niet onder artikel 4, lid 1, sub d, vallen, omdat de vereisten van deze bepaling eveneens de versterking van het economisch potentieel moeten omvatten, een ongeschreven criterium waaraan — zoals aangetoond — niet is voldaan.

46. Geheel afgezien daarvan is evenmin voldaan aan de met zoveel woorden in artikel 4, lid 1, sub d, genoemde voorwaarden. Het lijkt heel wel verdedigbaar ervan uit te gaan dat het vennootschappelijk vermogen van Aro Tubi door de overname van het vermogen van Fratelli Gaggini is vermeerderd. Uit het dossier blijkt namelijk, dat Fratelli Gaggini vóór haar overname naast de aandelen in Aro Tubi kennelijk nog andere, niet onbelangrijke vermogenbestanddelen

21 — Arrest van 28 maart 1990, Siegen (C-38/88, Jurispr. blz. I-1447, punt 12).

bezat, zoals rechten op onroerende en roerende goederen. Vóór de fusie van beide vennootschappen was Fratelli Gaggini de enige eigenaar van deze goederen. Eerst na de overname van haar moedervennootschap verwierf Aro Tubi de juridische en economische beschikkingsmacht over deze goederen. Daarom zou men kunnen stellen dat de met de fusie gepaard gaande overgang van deze goederen als een vermeerdering van het vennootschappelijk vermogen van Aro Tubi kan worden beschouwd.

47. De vermeerdering van het vennootschappelijk vermogen alleen volstaat echter nog niet om aan de criteria van artikel 4, lid 1, sub d, te voldoen. Deze bepaling vereist bovendien, dat voor de inbreng van de zaken waardoor het vermogen wordt vermeerderd rechten van dezelfde aard als die van vennoten — en geen rechten die een aandeel in het vennootschappelijk kapitaal of vermogen vertegenwoordigen — worden toegekend.

48. Als inbreng in de ruimste zin van het woord zouden de aandelen in Fratelli Gaggini kunnen worden gezien. Als tegenprestatie voor het afstand doen van deze aandelen ontvingen de aandeelhouders van Fratelli Gaggini aandelen in Aro Tubi. Aandelen vormen echter juist de voornaamste categorie van vennootschapsrechten die een aandeel in het vennootschapskapitaal belichamen. Aandelen zijn daarentegen geen „rechten van vennoten" in de zin van artikel 4, lid 1, sub d. Deze rechten van vennoten worden namelijk gekenmerkt door het feit dat zij geen aandeel in het vennootschappelijk kapitaal belichamen doch alleen bepaalde rechten van een vennoot, zoals bijvoorbeeld winstbewijzen [22], die alleen recht geven op een aandeel in de winst van de onderneming. Wanneer als tegenprestatie voor een inbreng aandelen worden uitgegeven, is artikel 4, lid 1, sub d, niet van toepassing. Een dergelijk geval valt alleen onder artikel 4, lid 1, sub c.

3. Artikel 4, lid 2, sub b, van richtlijn 69/335

49. Ten slotte is het mogelijk dat het onderhavige geval onder artikel 4, lid 2, sub b, van richtlijn 69/335 valt. Volgens de in deze bepaling uitdrukkelijk genoemde vereisten is daarvoor in de eerste plaats een vermeerdering van het vennootschappelijk vermogen nodig die geen vermeerdering van het vennootschappelijk kapitaal impliceert, waaraan in het onderhavige geval [23], gelet op het voorgaande, is voldaan.

50. Vervolgens moet deze vermeerdering van het vennootschappelijk vermogen door prestaties van een vennoot gerealiseerd zijn. Als zodanige prestatie kan worden beschouwd de omstandigheid dat de aandeelhouders van Fratelli Gaggini van hun aandelen in deze vennootschap ten gunste van Aro Tubi afstand hebben gedaan. De aandeelhouders van Fratelli Gaggini waren echter op het moment dat de fusie van beide

22 — Arrest van 17 oktober 2002, Solida en Tech (C-138/00, Jurispr. blz. I-8905, punt 28).

23 — Zie punt 46.

vennootschappen plaatsvond, geen aandeelhouders meer van de begunstigde vennootschap Aro Tubi, maar aandeelhouders van haar moedervennootschap.

51. Aan de voorwaarden van artikel 4, lid 2, sub b, zou derhalve alleen worden voldaan wanneer het begrip prestatie van een vennoot ruimer werd uitgelegd, namelijk wanneer daaronder eveneens valt de prestatie van een indirecte vennoot, derhalve de vennoot van een vennoot.

52. Een dergelijke extensieve begripsuitlegging is heel wel denkbaar. In zijn tot nu toe gewezen arresten heeft het Hof in soortgelijke gevallen al vastgesteld dat de vraag of een verrichting onder de werkingssfeer van artikel 4, lid 2, sub b, valt, aan de hand van een economische en niet een formele, alleen op de herkomst van de inbreng gebaseerde benadering moet worden beantwoord. [24]

53. Zelfs wanneer men echter in het kader van een dergelijke economische uitlegging van de voor de prestatie van een vennoot geldende criteria tot de conclusie zou komen dat de inbreng van Fratelli Gaggini in Aro Tubi als een dergelijke prestatie ten gunste van Aro Tubi kan worden beschouwd, zou dit echter nog niet volstaan om de onderhavige verrichting onder artikel 4, lid 2, sub b, te doen vallen. Deze bepaling vergt bovendien nog, dat de prestatie van de vennoot wordt beloond met een wijziging van de aandeelhoudersrechten of de waarde van de aandelen kan verhogen.

54. In casu is van het eerste geval, te weten een wijziging van de aandeelhoudersrechten, duidelijk geen sprake, omdat de aandelen in Aro Tubi in aantal en nominale waarde ongewijzigd zijn gebleven.

55. Evenmin is sprake van het tweede geval, namelijk een vermeerdering van de waarde van de vennootschapsaandelen. Weliswaar zou men kunnen betogen dat Aro Tubi door de overname van Fratelli Gaggini eveneens haar vermogenswaarde erbij heeft gekregen en dat de (werkelijke) waarde van de aandelen in Aro Tubi als gevolg van deze verkrijging van goederen is gestegen.

56. Deze zienswijze zou echter niet overeenstemmen met de genoemde economische uitlegging van artikel 4, lid 2, sub b. Wanneer men namelijk de prestatie van een indirecte vennoot voldoende acht, volgt uit de synallagmatische opvatting van de regel dat de waardevermeerdering van de aandelen eveneens bij deze indirecte vennoot moet plaatsvinden.

57. Derhalve moet niet worden vergeleken de (werkelijke) waarde van de aandelen van Aro Tubi vóór en na de fusie, maar de (werkelijke) waarde van de door de aandeelhouders van Fratelli Gaggini vóór de fusie gehouden aandelen met de waarde van de Aro Tubi-aandelen die daarna aan hen zijn uitgegeven. Daartussen bestaat echter geen

24 — Arresten van 13 oktober 1992, Weber Haus (C-49/91, Jurispr. blz. I-5207, punt 11), en 17 oktober 2002, ESTAG (C-339/99, Jurispr. blz. I-8837, punt 37).

enkel verschil, omdat de gezamenlijke waarde van de ondernemingen Aro Tubi en Fratelli Gaggini vóór de fusie, die volledig door de aandelen in Fratelli Gaggini werd belichaamd, dezelfde is als de waarde van de „nieuwe" onderneming Aro Tubi, die wordt belichaamd door haar aandelen. Uiteindelijk is door de fusie de waarde van de portefeuille van de aandeelhouders niet gewijzigd.

58. Bijgevolg is aan de voorwaarden van artikel 4, lid 2, sub b, ook bij een economische uitlegging van het begrip „prestaties van een vennoot" niet voldaan. Dit geldt temeer wanneer men ook in dit geval verlangt dat aan het — ongeschreven — vereiste van de vermeerdering van het economisch potentieel van de vennootschappen wordt voldaan.

59. De andere gevallen van artikel 4 van richtlijn 69/335 zijn niet relevant. Evenmin vallen de feiten van het hoofdgeding binnen de werkingssfeer van artikel 10, sub c, van richtlijn 69/335.

60. Hieruit volgt derhalve dat er geen enkele bepaling is op grond waarvan richtlijn 69/335 op het onderhavige geval van toepassing is. De bepalingen van deze richtlijn verzetten zich er derhalve niet tegen dat een lidstaat in het geval van een „omgekeerde" fusie als in het hoofdgeding aan de orde is, een registratierecht heft.

VI — Conclusie

61. Mitsdien geef ik het Hof in overweging de vraag van de Corte Suprema di Cassazione te beantwoorden als volgt:

„Richtlijn 69/335/EEG van de Raad van 17 juli 1969 betreffende de indirecte belastingen op het bijeenbrengen van kapitaal verzet zich niet tegen de heffing van een registratierecht ten bedrage van 1 % van het vermogen van de overgenomen vennootschap die in omstandigheden als die van het hoofdgeding wordt geheven in geval van de overname van een vennootschap door een andere vennootschap, waarvan de aandelen voordien volledig in handen waren van de overgenomen vennootschap (omgekeerde fusie)."