FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT JULIANE KOKOTT

föredraget den 26 maj 2005 [1]

I — Inledning

1. Målet vid Corte suprema di cassazione rör frågan huruvida det är rättsstridigt att ta ut en skatt eller avgift vid en bolagsrättslig transaktion som kan betecknas som en omvänd fusion mellan två aktiebolag. Ett moderbolag, som innehar 100 procent av aktierna i ett dotterbolag, uppgår genom fusionen i dotterbolaget. Corte suprema di cassazione har begärt förhandsavgörande för att få klarhet i huruvida ett sådant fall omfattas av tillämpningsområdet för rådets direktiv 69/335/EEG av den 17 juli 1969 om indirekta skatter på kapitalanskaffning [2] (nedan kallat direktiv 69/335). Om så är fallet kan endast den genom direktivet harmoniserade bolagsskatten påföras transaktionen i fråga. Om direktivet emellertid inte omfattar omvända fusioner, är medlemsstaterna fria att beskatta sådana transaktioner på annat sätt.

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *Gemenskapsrätt*

2. Enligt artikel 1 i direktiv 69/335 skall medlemsstaterna ta ut en harmoniserad pålaga — skatten på kapitaltillskott — vid tillskott av kapital till kapitalassociationer.

3. De skattepliktiga transaktionerna är enligt artikel 4 i direktiv 69/335 följande:

”1. Skatt på kapitaltillskott skall uttas vid följande transaktioner:

...

1 — Originalspråk: tyska.

2 — EGT L 249, s. 25. Direktivet ändrades senast genom Akten om villkoren för Republiken Tjeckiens, Republiken Estlands, Republiken Cyperns, Republiken Lettlands, Republiken Litauens, Republiken Ungerns, Republiken Maltas, Republiken Polens, Republiken Sloveniens och Republiken Slovakiens anslutning till de fördrag som ligger till grund för Europeiska Unionen och om anpassning av fördragen — Bilaga II: Förteckning enligt artikel 20 i anslutningsakten — (EUT L 236, 2003, s. 555).

c) ökning av kapitalet i en kapitalassociation genom tillskott av egendom av vilket slag det än må vara,

...”

d) ökning av tillgångarna i en kapitalassociation genom tillskott av egendom av vilket slag det än må vara, som inte ersätts med andelar av kapitalet eller tillgångar i associationen utan med rättigheter av samma slag som för delägarna, som till exempel rösträtt, rätt till andel av vinst eller likvidationsbehållning,

4. Enligt artikel 7 i direktiv 69/335 skall medlemsstaterna från sådan skatteplikt undanta transaktioner som den 1 juli 1984 var undantagna från skatteplikt eller som då beskattades enligt en skattesats om högs. 0,50 procent. [3] Undantaget gäller följaktligen för en överföring som avser mins. 75 procent av andelarna i en kapitalassociation till en kapitalassociation under bildande eller som redan existerar, när detta tillskott väsentligen ersätts med bolagsandelar (i moderbolaget).

...

5. I artikel 10 i direktiv 69/335 föreskrivs slutligen följande:

2. En skatt på kapitaltillskott får uttas på följande transaktioner, i den mån de beskattades med 1 procent den 1 juli 1984:

”Medlemsstaterna får, utöver skatten på kapitaltillskott, inte påföra bolag, sammanslutningar eller juridiska personer som

b) Ökning av tillgångarna i en kapitalassociation genom sådana ägartillskott som inte innebär en ökning av kapitalet, men som motsvaras av en ändring av bolagsrättigheterna eller som kan öka värdet av bolagsandelarna.

3 — De transaktioner som är undantagna från skatteplikt framgår av artikel 7.1 i dess lydelse enligt direktiven 73/79/EEG (EGT L 103, 1973, s. 13) och 73/80/EEG (EGT L 103,1973, s. 15). Där föreskrevs följande:
”bb) skattesatsen för skatten på kapitaltillskott kan nedsättas med 50% eller mer, när en kapitalassociation som är under bildande eller som redan existerar erhåller andelar, som representerar mins. 75% av en annan kapitalassociations tidigare utbjudna kapital ....
Denna nedsättning medges under förutsättning att
— ersättningen för tillskotten endast består av bolagsandelar, ...”

bedriver verksamhet i vinstsyfte, någon skatt eller avgift, av vilket slag det än må vara, avseende

a) transaktioner som avses i artikel 4,

b) tillskott, lån eller tjänster som tillhandahålls som ett led i transaktioner som avses i artikel 4,

c) registrering eller någon annan formalitet som föregår utövandet av en verksamhet och som ett bolag, en sammanslutning eller en juridisk person som bedriver verksamhet i vinstsyfte kan tvingas genomgå på grund av sin rättsliga form."

B — *Italiensk rätt*

6. Enligt de uppgifter som den hänskjutande domstolen har lämnat är det av tidsmässiga skäl artikel 4.1 b i del 1 av den tabell som bifogats presidentdekret nr 131 av den 26 april 1986, i dess lydelse före den ändring som gjorts genom artikel 10 i lagdekret nr 323 av den 20 juni 1996 (omvandlat till lag nr 425 av den 8 augusti 1996), som skall tillämpas i det nationella målet.

7. Enligt den nämnda bestämmelsen skulle en skatt tas ut vid företagsfusioner, oavsett av vilket slag dessa var, enligt en skattesats på 1 procent, beräknat på värdet av det absorberade bolagets tillgångar. Beskattningsunderlaget reglerades — liksom de civilrättsliga följderna av fusionen — i artikel 2501 och följande artiklar i Codice civile (civillagen), vilkas närmare innehåll dock saknar betydelse i det nu aktuella målet.

III — De faktiska omständigheterna, förfarandet och tolkningsfrågorna

8. Aro Tubi Trafilerie SpA, klagande i målet vid den nationella domstolen (nedan kallat Aro Tubi), är ett aktiebolag bildat enligt italiensk rätt. Aro Tubi var ett av Fratelli Gaggini SpA (nedan kallat Fratelli Gaggini) helägt dotterbolag. Aro Tubi innehade för sin del 100 procent av kapitalet i Aro Tubi Estrusi e Profilati SpA. Genom en inför notarius publicus (motsvarande) upprättad handling av den 19 december 1995 uppgick såväl Aro Tubis moderbolag Fratelli Gaggini som dess dotterbolag Aro Tubi Estrusi och Profilati SpA genom fusion i Aro Tubi. Aktierna i det absorberade bolaget Fratelli Gaggini drogs in. Som ersättning erhöll det sistnämnda bolagets aktieägare de andelar i det övertagande bolaget Aro Tubi som tidigare hade innehafts av dess moderbolag Fratelli Gaggini. Resultatet blev således att de fysiska personer som ursprungligen endast indirekt, genom bolaget Fratelli Gaggini, ägde andelar i Aro Tubi, till följd av den så

kallade omvända fusionen blev direkta ägare av andelar i detta bolag, då det mellankommande bolaget upphörde att existera.

9. Vid inskrivningen av denna fusion i det offentliga registret påfördes Aro Tubi en stämpelskatt enligt en skattesats om 1 procent, beräknat på värdet av de båda absorberade bolagens, Aro Tubi e Profilati SpA och Fratelli Gagginis, tillgångar.

10. Efter att ha betalat skatten ingav Aro Tubi en begäran om återbetalning av det erlagda beloppet under åberopande av att skatten stred mot direktiv 69/335. Begäran avslogs genom ett tyst beslut. Bolaget överklagade detta avslagsbeslut till Commissione Tributaria Provinciale di Milano som biföll överklagandet. Sedan skattemyndigheten överklagat detta avgörande till Commissione Tributaria Regionale della Lombardia, upphävde denna domen.

11. Det sistnämnda avgörandet överklagades till Corte suprema di cassazione som genom beslut av den 6 november 2003 får anses [4] ha begärt förhandsavgörande beträffande frågan huruvida uttagandet av en stämpelskatt på 1 procent av värdet av det absorberade bolaget med anledning av att ett bolag uppgår i ett annat bolag, vars kapital redan dessförinnan helt innehades av det absorberade bolaget, är förenligt med bestämmelserna i direktiv 69/335.

12. Klaganden i det nationella målet, den italienska regeringen och kommissionen har yttrat sig i målet.

IV — Yttranden som har inkommit till domstolen

13. Den italienska regeringen har i huvudsak hänvisat till domen i mål C-152/97, AGAS [5]. Av den domen följer, enligt regeringen, att en fusion mellan två bolag inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 69/335 när ett dotterbolag genom absorption övertas av dess moderbolag som redan innehar samtliga aktier och andelar i det övertagna bolaget (så kallad oegentlig fusion).

14. Det nu föreliggande fallet av så kallad omvänd fusion — det vill säga att moderbolaget uppgår i dotterbolaget — skall enligt den italienska regeringen anses utgöra en så kallad oegentlig fusion och omfattas inte

4 — Beslutet innehåller inte någon uttryckligen formulerad fråga.

5 — Dom av den 27 oktober 1998 i mål C-152/97, AGAS (REG 1998, s. I-6553).

heller av direktivet. Fusionen kan vid en helhetsbedömning inte heller anses innebära att bolagets ekonomiska ställning stärks, vilket domstolen tillmätt avgörande vikt vid bedömningen av om en transaktion omfattas av direktivets tillämpningsområde eller inte.

15. Aro Tubi anser däremot att det inte är förenligt med direktiv 69/335 att ta ut en stämpelskatt i förevarande fall. Domstolens slutsatser i domen i det ovannämnda målet AGAS [6] kan inte överföras till det förevarande fallet, eftersom en så kallad omvänd fusion måste behandlas på ett annat sätt än en så kallad oegentlig fusion på grund av de skillnader i ekonomiskt och juridiskt hänseende som föreligger mellan dem.

16. En så kallad omvänd fusion innebär enligt Aro Tubi att dotterbolagets ekonomiska ställning stärks, eftersom det övertar moderbolagets tillgångar. Direktiv 69/335 är därför tillämpligt och bolaget har därmed rätt till det undantag från skatteplikt som anges i artikel 7 i direktiv 69/335.

17. Kommissionen har intagit en ståndpunkt som ligger mellan de ovan beskrivna. Enligt kommissionen skall en så kallad omvänd fusion jämställas med en så kallad oegentlig fusion. Den omfattas således inte av tillämpningsområdet för direktiv 69/335 om den inte innebär att det övertagande bolagets ekonomiska ställning stärks. Detta är endast fallet när det absorberade bolaget endast innehar andelar eller aktier i det övertagande bolaget, såsom är fallet i det nationella målet.

18. Om det absorberade bolaget däremot innehar aktier eller andelar i andra bolag förbättras det övertagande bolagets ekonomiska ställning genom fusionen. Rekvisiten för tillämpning av AGAS-praxisen [7], vilken under alla omständigheter kan kritiseras, är i ett sådant fall inte uppfyllda och direktiv 69/335 är således tillämpligt.

V — Rättslig bedömning

19. Den hänskjutande domstolen har ställt frågan för att få klarhet i huruvida bestämmelserna i direktiv 69/335 utgör hinder för uttag av en stämpelskatt vid en så kallad omvänd fusion, vid vilken det absorberade bolaget innehar samtliga andelar eller aktier i det övertagande bolaget.

6 — Se ovan fotnot 5.

7 — Domen i målet AGAS (ovan fotnot 5).

A — *Systematiken vid bedömningen av huruvida direktiv 69/335 är tillämpligt*

20. Domstolen har i sin rättspraxis lämnat klara anvisningar för hur man skall gå till väga vid bedömningen av huruvida direktiv 69/335 är tillämpligt. Den slog i domen i målet Bautiaa och Société française maritime [8] fast följande:

"För att avgöra hur den omtvistade avgiften skall rubriceras vid en tillämpning av direktiv 69/335 och om avgiften kan anses vara förenlig med direktivet — särskilt vad avser tillämpliga avgiftssatser — finns i första hand skäl att pröva om transaktioner av det slag som blivit föremål för uttag av kapitaltillskottsavgifter i tvisterna vid de nationella domstolarna omfattas av direktiv 69/335 och hur dessa transaktioner i så fall skall rubriceras enligt direktivet."

21. I domen i det ovannämnda målet AGAS [9] slog domstolen dessutom fast följande:

"Härav följer att transaktionen, för att omfattas av direktivet, måste gå att hänföra till ett av de fall som anges i artikel 4 i direktivet, till vilken det hänvisas i artikel 10 a och 10 b i direktivet."

22. Av detta framgår att följande ordningsföljd skall iakttas vid bedömningen av huruvida bestämmelserna i direktiv 69/335 är tillämpliga. Utgångspunkten är förbudet i artikel 10 mot att ta ut andra skater eller avgifter än den harmoniserade skatten på kapitaltillskott. Detta förbud gäller enligt leden a och b i denna artikel emellertid endast för skatter och avgifter på de transaktioner som uppräknas i artikel 4 i direktivet.

23. Följaktligen skall först undersökas huruvida en transaktion kan hänföras till något av de fall som anges i artikel 4, vilket medför att den omfattas av tillämpningsområdet för artikel 4 och att förbudet i artikel 10 kan vara tillämpligt. Först om detta är fallet kan man utifrån de övriga bestämmelserna i direktivet avgöra huruvida transaktionen möjligen är undantagen från skatteplikt för den harmoniserade skatten på kapitaltillskott. [10]

24. Den omständigheten att förutsättningarna för det i artikel 7.1 b i direktiv 69/335 föreskrivna undantaget från skatteplikt för skatten på kapitaltillskott är uppfyllda är — tvärtemot vad klaganden i målet vid den nationella domstolen har hävdat — inte i sig av sådan beskaffenhet att man därav kan sluta sig till att ingen skatt eller avgift får tas ut på en sådan transaktion som den i målet omtvistade så kallade omvända fusionen. Först måste prövas huruvida direktivet över huvud taget är tillämpligt, vilket uteslutande skall prövas utifrån artikel 10 jämförd med

8 — Dom av den 13 februari 1996 i de förenade målen C-197/94 och C-252/94, Bautiaa och Société française maritime (REG 1996, s. I-505), punkt 31.

9 — Domen i målet AGAS (ovan fotnot 5), punkt 21.

10 — Se beträffande denna ordningsföljd för prövningen även generaladvokaten Cosmas förslag till avgörande av den 25 juni 1998 i mål C-152/97, AGAS (REG 1998, s. I-6553, I-6555), punkt 43.

artikel 4. Omfattas en transaktion inte av ett direktiv utgör direktivet inte hinder för att andra, inte harmoniserade skatter och avgifter, tas ut på denna transaktion. Följaktligen kan en sådan transaktion inte heller omfattas av undantaget i artikel 7.

B — *Tillämpningsområdet för direktiv 69/335*

25. För att den nu aktuella transaktionen skall kunna omfattas av förbudet i artikel 10 a och 10 b måste den kunna hänföras till något av de fall som anges i artikel 4.

1. Artikel 4.1 c i direktiv 69/335

26. Först skall undersökas huruvida de omständigheter som gett upphov till tvisten vid den nationella domstolen omfattas av artikel 4.1 c i direktiv 69/335.

a) Huruvida det skett en kapitalökning

27. Den så kallade omvända fusionen måste enligt denna bestämmelse leda till en ökning av kapitalet i det övertagande bolaget genom att detta får ett kapitaltillskott. En ökning av det tecknade kapitalet förutsätter normalt sett antingen att nya aktier emitteras eller att de redan utgivna aktiernas nominella belopp höjs. [11] I punkt 1 c i det av Aro Tubi ingivna fusionsavtalet stadgas emellertid uttryckligen att det övertagande bolagets (Aro Tubis) kapital inte kommer att ökas på detta sätt. Detta är ostridigt mellan parterna i det nationella målet.

28. Med hänsyn till den uttryckliga ordalydelsen kan man inte heller, som Aro Tubi föreslagit, bortse från kravet på en ökning av kapitalet. om begreppet kapitalökning gavs en vid tolkning skulle de aktuella omständigheterna likväl kunna hänföras till artikel 4.1 c i direktiv 69/335. I förevarande fall omvandlades ägandet i Fratelli Gaggini till ett ägande i Aro Tubi. Aktierna i Aro Tubi, som tidigare innehades av Fratelli Gaggini, överfördes till Fratelli Gagginis ägare. Det är dock tveksamt om man kan jämställa överföringen av andelarna i Aro Tubi med en emission av nya aktier och om den därmed kan anses innebära en kapitalökning i vid bemärkelse.

11 — Se härom, bland många andra, exempelvis *Académie des sciences commerciales*, Dictionnaire commercial, 1987, under "capital" och "capital social", och Gabler Wirtschafts Lexikon, 12:e upplagan, 1988, under "Kapital" och "Kapitalerhöhung".

29. En sådan vid tolkning av begreppet kapitalökning bör dock inte godkännas. Enligt domstolens praxis skall de i artikel 4 i direktiv 69/335 uppräknade fallen ges en autonom gemenskapsrättslig tolkning, det vill säga en tolkning som är objektiv och enhetlig för alla medlemsstater och som inte tar hänsyn till eventuella särdrag i enskilda medlemsstaters rättsordningar och skattesystem. [12] Den autonoma gemenskapsrättsliga tolkningen av begreppet kapitalökning får dock inte helt avlägsna sig från begreppets naturliga innebörd.

30. Begreppen kapital i en kapitalassociation respektive kapitalökning är inte endast (gemenskaps)rättsliga termer utan är även termer som används i de ekonomiska vetenskaperna. De har inom företagsekonomin en etablerad innebörd som är densamma oavsett stat och språk. En kapitalassociations (eget) kapital motsvaras av det sammanlagda nominella värdet av bolagsandelarna, och en kapitalökning — oavsett i vilken form — förutsätter därmed att antingen det nominella värdet eller antalet bolagsandelar ökas. [13] Det vore förvånande om direktivets upphovsmän hade avsett att ge begreppet kapitalökning i direktivet en annan innebörd än den som följer av den vedertagna terminologin i de ekonomiska vetenskaperna.

31. Begreppet kapitalökning kan följaktligen inte ges en sådan tolkning att omvandlingen av ett indirekt ägande till ett direkt ägande, genom absorption av det mellankommande bolaget (Fratelli Gaggini), i sig skulle kunna anses utgöra en kapitalökning. I detta fall överflyttas nämligen andelarna från det mellankommande bolaget till de bakomstående delägarna, utan att andelarnas antal eller nominella värde förändras.

32. Det spelar därvid ingen roll huruvida de ursprungligen av Fratelli Gaggini innehavda andelarna i Aro Tubi först återgår till Aro Tubi och därefter överförs till de tidigare aktieägarna i Fratelli Gaggini, eller huruvida andelarna direkt övergår på dessa aktieägare utan något mellankommande förvärv av Aro Tubi. Inte i något av fallen har nämligen andelarna förändrats vare sig till antalet eller värdet.

33. Det utgör inte något hinder mot den här förordade tolkningen av begreppet kapitalökning att domstolen i sin praxis redan ansett att en fusion mellan två kapitalassociationer utgör en kapitalökning i den mening som avses i artikel 4.1 c i direktiv 69/335. [14] Det av domstolen avgjorda fallet kännetecknades nämligen just av att det övertagande bolagets

12 — Domen i målet Bautiaa och Société française maritime (ovan fotnot 8), punkt 32, och domen i målet AGAS (ovan fotnot 5), punkt 21. Se även dom av den 15 juli 1982 i mål 270/81, Felicitas Rickmers-Linie (REG 1982, s. 2771), punkt 14.

13 — Se hänvisningarna i fotnot 10.

14 — Domen i målet Bautiaa och Société française maritime (ovan fotnot 8), punkt 38.

nominella kapital ökades genom en emission av *nya* aktier [15], vilket inte skett i det nu aktuella fallet.

b) Huruvida den ekonomiska ställningen har stärkts

34. Även om det skulle anses att övergången av aktier i Aro Tubi — trots de ovan angivna argumenten — i sig utgjorde en kapitalökning i den mening som avses i artikel 4.1 c i direktiv 69/335, skulle det likväl krävas att denna transaktion ledde till att Aro Tubis ekonomiska ställning stärktes. Som domstolen i fast rättspraxis framhållit [16] är detta nämligen ett avgörande kriterium för om en transaktion kan anses utgöra anskaffning av kapital och därmed kan omfattas av skatten på kapitaltillskott.

35. Domstolen har härlett [17] det oskrivna kravet på ett stärkande av den ekonomiska ställningen från andra skälet i direktiv 74/553/EEG, [18] i vilket det sägs att de för skatten på kapitaltillskott gällande principerna "syftar till att skatten på kapitaltillskott endast skall omfatta sådana transaktioner som utgör ett rättsligt uttryck för en anskaffning av kapital och endast i den mån som de bidrar till att stärka bolagets ekonomiska ställning".

36. Det finns också ett samband mellan kravet på ett stärkande av den ekonomiska ställningen och det med direktiv 69/335 eftersträvade syftet att främja den fria rörligheten för kapital mellan medlemsstaterna genom att de olika nationella avgifterna och skatterna på kapitalanskaffningstransaktioner harmoniseras. Direktivet omfattar således endast transaktioner som innefattar en kapitalrörelse som leder till en ökning av det gynnade bolagets kapital.

37. Direktiv 69/335 har däremot inte till syfte att underlätta genomförandet av rena omstruktureringar eller omgrupperingar av redan bildade kapitalassociationer, det vill säga av redan anskaffat kapital. [19] Detta framgår även av att det i artikel 4.3 a uttryckligen föreskrivs att enbart byte av rättslig form inte omfattas av direktivets tillämpningsområde. Även om det kan ligga i de ekonomiska aktörernas intresse att underkasta bolagsrättsliga förändringar i kapitalassociationer mellan vilka det finns äganderättsliga band så få restriktioner som möjligt,

15 — Se generaladvokaten Cosmas förslag till avgörande i målet Bautiaa och Société française maritime (ovan fotnot 10), punkt 1.

16 — Se bland andra domen i målet Felicitas Rickmers-Linie (ovan fotnot 12), punkt 16, och dom av den 5 februari 1991 i mål C-249/89, Trave Schiffahrts-Gesellschaft (REG 1991, s. I-257), punkt 13, och av den 5 februari 1991 i mål C-15/89, Deltakabel (REG 1991, s. I-241), punkt 12 och följande punkter, samt domen i målet Bautiaa och Société française maritime (ovan fotnot 8), punkt 36.

17 — Dom i målet Deltakabel (ovan fotnot 16), punkt 13.

18 — Rådets direktiv 74/553/EEG av den 7 november 1974 om ändring av artikel 5.2 i direktiv 69/335/EEG om indirekta skatter på kapitalanskaffning (EGT L 303, s. 9).

19 — Rätten att bilda dotterbolag och att eventuellt senare absorbera dessa igen kan dock skyddas genom den i artikel 43 EG stadgade etableringsfriheten. Detta skydd skulle i förening med ett nationellt förbud mot diskriminering av i landet etablerade företag eventuellt också kunna ha betydelse i det nu aktuella fallet. Den hänskjutande domstolen har dock i sin begäran om förhandsavgörande endast bett om en tolkning av direktiv 69/335.

kan dock sådana transaktioner omfattas av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om den harmoniserade skatten på kapitaltillskott endast om de innebär något mer än en omstrukturering av redan anskaffat kapital, det vill säga de måste innebära anskaffning av (ytterligare) kapital.

38. Det kan vid första anblicken synas som om den omvända fusionen i förevarande fall innebär att Aro Tubis ekonomiska ställning stärks. Bolaget Aro Tubis tillgångar ökas ju med bolaget Fratelli Gagginis tillgångar, vilka tidigare utgjorde en i rättsligt hänseende separat förmögenhetsmassa. Det är dock ett alltför begränsat synsätt att endast beakta förändringen av det övertagande bolagets tillgångar.

39. I domen i målet AGAS [20] har domstolen nämligen fastslagit att så kallade oegentliga fusioner inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 69/335, eftersom sådana fusioner inte kan hänföras till något av de fall som anges i artikel 4 i direktivet. Detta måste, som kommissionen och den italienska regeringen korrekt har hävdat, förstås på så sätt att frågan huruvida den ekonomiska ställningen har stärkts skall besvaras med utgångspunkt i en *helhetsbedömning* av de inblandade bolagens situation före och efter transaktionen i fråga.

20 — Ovan fotnot 5.

40. Det är endast på detta sätt som man kan kontrollera huruvida det i ett sådant fall är fråga om en kapitalanskaffning och därmed om en transaktion som åtnjuter skydd enligt direktiv 69/335. Att anse att Aro Tubis ekonomiska ställning har stärkts endast på grund av att detta bolag har övertagit dess tidigare moderbolags tillgångar skulle innebära att man i förevarande fall inte tog vederbörlig hänsyn till de särskilda omständigheter som kännetecknar en så kallad omvänd fusion.

41. Det måste i stället tas i beaktande att tillgångarna i de redan tidigare, genom ett innehav av 100 procent av aktierna, förbundna bolagen Aro Tubi och Fratelli Gaggini — som helhet betraktade — inte påverkats av fusionen på annat sätt än att de inte längre är fördelade mllan två rättsligt separata bolag utan innehas av en enda juridisk person. En sådan situation är i här relevanta avseenden nämligen identisk med den som är för handen vid en så kallad oegentlig fusion, som var föremål för prövning i målet AGAS.

42. Detta blir särskilt tydligt när man betraktar aktieägarnas ställning. Dessa är ju de egentliga kapitalgivarna, som står bakom bolagen. Ur deras perspektiv innebar den så kallade omvända fusionen varken att bolagens ekonomiska ställning stärktes eller, rent allmänt, att kapital anskaffades. Före fusionen var de aktieägare i Fratelli Gaggini. Deras aktier representerade emellertid inte endast värdet av detta bolag utan även värdet av Aro Tubi, som ju i egenskap av helägt dotterbolag till Fratelli Gaggini utgjorde en del av detta bolags tillgångar. Efter fusionen erhöll aktie-

ägarna i stället för de numera ogiltiga aktierna i Fratelli Gaggini andelar i Aro Tubi. Dessa motsvarade dock — på samma sätt som de "gamla" aktierna — endast värdet av de båda bolagens sammanlagda förmögenhetsmassa. Även om aktierna efter transaktionen formellt sett hänför sig till ett annat bolag avser de dock samma ekonomiska förmåga som de värdepapper som aktieägarna tidigare innehade.

43. Som klaganden i målet vid den nationella domstolen har hävdat, är det visserligen fullt möjligt att en sådan fusion inte endast utgör en rent formell transaktion med enbart registreringsteknisk karaktär, utan även kan ha en viss ekonomisk betydelse. Detta påverkar emellertid inte bedömningen att fusionen inte innebär att de deltagande bolagens ekonomiska ställning stärks genom att kapital anskaffats. En så kallad omvänd fusion uppfyller således även av denna anledning inte kravet i artikel 4.1 c i direktiv 69/335.

2. Artikel 4.1 d i direktiv 69/335

44. Vidare skall tillämpligheten av artikel 4.1 d i direktiv 69/335 bedömas. Enligt den bestämmelsen är direktivet tillämpligt på ökningar av tillgångarna i en kapitalassociation som sker genom tillskott av egendom av vad slag det än må vara, som inte ersätts med andelar av kapitalet eller tillgångar i associationen utan med andra rättigheter, som till exempel rösträtt och rätt till andel av vinst. Med tillgångar avses inte det tecknade kapitalet, i motsats till vad som föreskrivs i artikel 4.1 c, utan "samtliga av bolagsmännen tillskjutna tillgångar, inbegripet värdeökningen på dessa". [21]

45. Så kallade omvända fusioner kan emellertid inte hänföras till det fall som avses i artikel 4.1 d, redan av den anledningen att det utöver de i denna bestämmelse uppställda villkoren även erfordras att det oskrivna kravet på att den ekonomiska ställningen har stärkts är uppfyllt, vilket som visats ovan inte är fallet.

46. Inte heller de uttryckligen i artikel 4.1 d uppställda rekvisiten är emellertid uppfyllda. Visserligen förefaller det fullt möjligt att hävda att Aro Tubis tillgångar skall anses ha ökat genom att bolaget övertagit Fratelli Gagginis tillgångar. Av handlingarna i målet framgår nämligen att Fratelli Gaggini före fusionen utöver andelarna i Aro Tubi även hade en del inte obetydliga tillgångar, som exempelvis rättigheter avseende fastigheter och lös egendom. Före fusionen av de båda bolagen tillhörde denna egendom endast

21 — Dom av den 28 mars 1990 i mål C-38/88, Siegen (REG 1990, s. I-1447), punkt 12.

Fratelli Gaggini. Det var först genom absorptionen av moderbolaget som Aro Tubi förvärvade den rättsliga och ekonomiska förfoganderätten till denna egendom. Det finns således en del som talar för att överföringen av denna egendom, som fusionen innebär, skall anses som en ökning av Aro Tubis tillgångar.

3. Artikel 4.2 b i direktiv 69/335

47. Dock är det enligt artikel 4.1 d inte tillräckligt att bolagstillgångarna har ökats. Det krävs därutöver att det för de tillskott som gett upphov till denna ökning lämnas ersättning i form av rättigheter av samma slag som dem som tillkommer delägarna, och inte bolagsrättigheter som avser en andel av kapitalet eller bolagstillgångarna.

49. Slutligen skall prövas huruvida det föreliggande fallet kan hänföras till artikel 4.2 b i direktiv 69/335. För detta krävs uttryckligen enligt denna bestämmelse för det första att bolagstillgångarna ökats utan att det samtidigt skett någon ökning av bolagets kapital, vilket i enlighet med vad som ovan nämnts [23] klart kan antas vara fallet här.

48. Aktierna i Fratelli Gaggini skulle kunna anses som tillskott i ordets vidaste mening. Som motprestation till uppgivandet av dessa andelar erhöll aktieägarna i Fratelli Gaggini aktier i Aro Tubi. Aktier utgör dock ett typexempel på bolagsrättigheter som avser en andel av bolagets kapital. Aktier utgör däremot inte rättigheter av samma slag som dem som tillkommer delägarna, i den mening som avses i artikel 4.1 b. Kännetecknande för de sistnämnda rättigheterna är nämligen att de inte avser en andel av bolagets kapital, utan endast enskilda rättigheter som delägare kan utöva. Ett exempel på detta är rätten till avkastning, [22] som endast ger anspråk på en andel av företagets vinst. Om aktier emitteras som ersättning för ett kapitaltillskott kan dock inte artikel 4.1 d tillämpas. På ett sådant fall är endast artikel 4.1 c tillämplig.

50. För det andra krävs att denna ökning av bolagstillgångarna har uppnåtts genom ägartillskott. Ett sådant tillskott skulle kunna ske genom att Fratelli Gagginis aktieägare avstår från sina andelar i detta bolag till förmån för Aro Tubi. Fratelli Gagginis aktieägare är vid tiden för fusionen av de båda bolagen inte

22 — Se dom av den 17 oktober 2002 i mål C-138/00, Solida och Tech (REG 2002, s. I-8905), punkt 28.

23 — Se punkt 46.

aktieägare i det gynnade bolaget Aro Tubi utan endast innehavare av andelar i dess moderbolag.

51. Kraven i artikel 4.2 b skulle således i förevarande fall endast kunna vara uppfyllda om begreppet ägartillskott gavs en extensiv tolkning, det vill säga om även tillskott från indirekta ägare, som äger företag som i sin tur äger företag, kunde omfattas av detta begrepp.

52. En sådan extensiv tolkning förefaller fullt möjlig att göra. Domstolen har i sin praxis med avseende på liknande fall redan slagit fast att frågan huruvida en transaktion omfattas av artikel 4.2 b skall bedömas utifrån ett ekonomiskt perspektiv och inte utifrån ett formellt perspektiv som endast tar fasta på tillskottets ursprung. [24]

53. Även om man inom ramen för en sådan ekonomisk tolkning av rekvisitet ägartillskott skulle komma fram till att införlivandet av Fratelli Gaggini med Aro Tubi skall anses utgöra ett ägartillskott till förmån för Aro Tubi, är detta inte tillräckligt för att artikel 4.2 b skall vara tillämplig. Därutöver krävs enligt denna bestämmelse att ägartillskottet motsvaras av en ändring av bolagsrättigheterna eller kan öka värdet av bolagsandelarna.

54. Det är uppenbart att det första av dessa alternativ, det vill säga en ändring av bolagsrättigheterna, inte föreligger, eftersom Aro Tubis aktier inte ändrats vare sig till antalet eller det nominella värdet.

55. Inte heller är det andra alternativet, avseende en ökning av värdet av bolagsandelarna, för handen. Det skulle visserligen kunna hävdas att Aro Tubi genom absorptionen av Fratelli Gaggini erhållit värdet av det bolagets tillgångar och att det (verkliga) värdet av Aro Tubis aktier har ökat genom denna egendomsöverföring.

56. Detta synsätt står emellertid inte i överensstämmelse med den ovan nämnda ekonomiska tolkningen av artikel 4.2 b. Om en indirekt delägares kapitaltillskott godtogs, skulle det nämligen, på grund av den ömsesidighet som förutsätts i bestämmelsen, krävas att även denna indirekta delägare får del av värdeökningen av bolagsandelarna.

57. Man skall således inte jämföra (det verkliga) värdet av aktierna i Aro Tubi före och efter fusionen, utan i stället (det verkliga) värdet av de aktier som aktieägarna i Fratelli Gaggini innehade före fusionen med värdet av de aktier i Aro Tubi som de därefter

24 — Dom av den 13 oktober 1992 i mål C-49/91, Weber Haus (REG 1992, s. I-5207).

erhöll. Dessa värden är emellertid identiska, eftersom det samlade värdet av Aro Tubi och Fratelli Gaggini före fusionen — vilket värde helt motsvarades av aktierna i Fratelli Gaggini — är identiskt med värdet av det "nya" Aro Tubi, i form av aktierna i detta bolag. Värdet av aktieägarnas innehav har således inte ändrats genom transaktionen.

58. Följaktligen saknas det förutsättningar att tillämpa artikel 4.2 b även om begreppet ägartillskott ges en ekonomisk tolkning. Detta är fallet endast om man även i detta fall kräver att det oskrivna villkoret avseende en ökning av bolagens ekonomiska ställning är uppfyllt.

59. Övriga fall i artikel 4 i direktiv 69/335 är inte relevanta. Inte heller kan omständigheterna i det nationella målet hänföras till artikel 10 c i direktiv 69/335.

60. Det finns därmed inte någon bestämmelse som skulle kunna göra direktiv 69/335 tillämpligt i förevarande fall. Bestämmelserna i direktivet utgör således inte hinder för att en medlemsstat tar ut en stämpelskatt vid en sådan så kallad omvänd fusion som den i målet vid den nationella domstolen.

VI — Förslag till avgörande

61. Mot bakgrund av vad ovan anförts föreslår jag att den fråga som ställts av Corte suprema di cassazione skall besvaras enligt följande:

Rådets direktiv 69/335/EEG av den 17 juli 1969 om indirekta skatter på kapitalanskaffning utgör inte hinder för att en medlemsstat tar ut en stämpelskatt på 1 procent av tillgångarna i det absorberade bolaget, när stämpelskatten tas ut under sådana omständigheter som avses i målet vid den nationella domstolen i samband med att ett bolag genom fusion absorberas av ett annat bolag som före fusionen var ett helägt dotterbolag till det förstnämnda bolaget (så kallad omvänd fusion).