# FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT MARCO DARMON

fremsat den 13. november 1990 *

*Hr. afdelingsformand,*
*De herrer dommere,*

1. Med det præjudicielle spørgsmål, Bundesfinanzhof har forelagt i denne sag, anmodes Domstolen — som det også er tilfældet i sag C-15/89 — om at træffe afgørelse om fortolkningen af artikel 4, stk. 2, litra b), i Rådets direktiv 69/335/EØF af 17. juli 1969 om kapitaltilførselsafgifter [1] (herefter benævnt »direktivet«).

2. De faktiske omstændigheder er ganske enkle. Trave Schiffahrts-Gesellschaft mbH & Co. KG (herefter benævnt »Trave GmbH«) blev stiftet den 27. juni 1975, og det modtog fra selskabsdeltagerne lån på i alt 131 mio. DM. For årene 1977 til 1983 skulle selskabet ikke svare rente af lånene. Ved afgørelse af 7. december 1984 pålagde Finanzamt Kiel-Nord den disposition, at lånene blev stillet til rådighed, en kapitaltilførselsafgift på 361 335 DM. Denne afgørelse indbragte Trave GmbH for domstolene.

3. Under behandlingen af sagen har Bundesfinanzhof forelagt Domstolen et præjudicielt spørgsmål, som i det væsentlige går ud på, for det første om der er adgang til at opkræve kapitaltilførselsafgift af et rentefrit lån, som en selskabsdeltager yder et selskab med en betydelig negativ egenkapital, og for det andet hvordan afgiften da skal beregnes.

4. I henhold til artikel 4, stk. 2, litra b), kan medlemsstaterne opkræve kapitaltilførselsafgift af »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«.

5. Det fremgår af Domstolens faste praksis, at

»det følger af de principper, den harmoniserede kapitaltilførselsafgift beror på, at afgiften kun skal svares af dispositioner, som retligt set er udtryk for en tilførsel af kapital, og kun i det omfang, hvori dispositionerne bidrager til at styrke selskabets økonomiske kapacitet« [2].

6. Det forekommer mig ikke at kunne bestrides, at en selskabsdeltagers ydelse af et rentefrit lån er en ydelse, som bidrager til »at styrke selskabets økonomiske kapacitet«, idet selskabet herved opnår en finansiering, som det ikke skal bære omkostningerne ved, hvilket, alt efter situationen på finansmarkedet, kan være en meget betydelig fordel. Bundesfinanzhof har dog rejst spørgsmålet, om det samme må antages at gælde, når selskabsformuen (egenkapitalen) som følge af

* Originalsprog: fransk.

1 — EFT 1969 II, s. 405.

2 — Dom af 15.7.1982 (sag 270/81, Felicitas, Sml. s. 2771, præmis 16); jf. også dom af 2.2.1988 (sag 36/86, Dansk Sparinvest, Sml. s. 409, præmis 13 og 14).

store gældsposter, der overstiger aktiverne, er negativ. I forelæggelseskendelsen har Bundesfinanzhof henvist til, at den følger den faste praksis ikke at sondre på dette punkt[3]. Samtidig har Bundesfinanzhof dog oplyst, at denne praksis er blevet kritiseret i en del af den tyske teori, hvori det gøres gældende, at direktivets artikel 4, stk. 2, litra b), kun giver adgang til at opkræve kapitaltilførselsafgift af en forøgelse af selskabets *nettoaktiver*, mens bestemmelsen antages ikke at finde anvendelse, når den pågældende ydelse — da passiverne er langt større end aktiverne — ikke medfører, at saldoen bliver positiv.

7. Jeg mener ikke, at denne opfattelse bør følges. Som jeg allerede har givet udtryk for i mit forslag til afgørelse i sag C-15/89, vil selv en delvis udligning af en negativ egenkapital, som sker ved hjælp af en ydelse til selskabet — også selv om »selskabsformuen« er stærkt negativ og også vedbliver at være det efter ydelsen — kunne være egnet til at øge selskabsandelenes værdi, idet udligningen styrker virksomhedens muligheder for igen at blive levedygtig og mindsker kravene til de yderligere bestræbelser, der ville være nødvendige for at opnå finansiel ligevægt.

8. Den opfattelse, der er givet udtryk for i en del af den tyske litteratur, beror på en sammenblanding af begreberne *»nettoaktivmasse«* og *»selskabsformue«*. Som Domstolen for nylig har udtalt i dommen i Siegen-sagen, omfatter

»selskabsformuen ... alle de aktiver, selskabsdeltagerne har indskudt, samt værditilvæksten heraf.«

Domstolen udtalte endvidere, at »selskabsformuen« formindskes »i et selskab, der har tab«[4].

9. »Selskabsformuen« (O.a.: Egenkapitalen), som er summen af selskabets aktiver, i givet fald fratrukket dets passiver, er dermed på en måde *selskabets værdi*, som kan være negativ. Dette må ikke forveksles med nettoaktivmassen, som er *aktiverne udtrykt i nettobeløb*; nettoaktivmassen kan falde til nul, når passiverne overstiger aktiverne.

10. Der kan således opkræves kapitaltilførselsafgift af ydelse af et rentefrit lån.

11. Bundesfinanzhof har endvidere rejst spørgsmål om, hvordan afgiften skal beregnes. I direktivets artikel 5, stk. 1, litra d), bestemmes det, at kapitaltilførselsafgiften »ved udvidelse af selskabsformuen i henhold til artikel 4, stk. 2, litra b)« opkræves »af den faktiske værdi af de indbragte ydelser med fradrag af den gæld og de forpligtelser, der pålægges selskabet i forbindelse med disse ydelser«. For det særlige tilfælde, at der ydes et rentefrit lån, vil jeg antage, at ydelsens værdi består i den rentebesparelse, selskabet opnår. Der må uden tvivl lægges vægt på den gældende markedsrente for virksomhederne på det tidspunkt, hvor lånet ydes, idet denne rente er afgørende for, hvor stort et beløb det låntagende selskab senere skulle have betalt, hvis det havde været nødt til at opnå finansiering gennem markedet herfor.

3 — Dom af 12.4.1972, II 37/63, BFHE 106, 123, BStBl. II 1972, s. 714, dom af 31.1.1979, II R 46/77, BFHE 127, 227, BStBl. II 1979, s. 382, og dom af 11.7.1984, II R 87/82, BFHE 141, 569, BStBl. II 1984, s. 840.

4 — Dom af 28.3.1990 (sag C-38/88, Sml. I, s. 1447, præmis 12).

12. Sammenfattende skal jeg foreslå, at Domstolen besvarer spørgsmålet således:

»1) Artikel 4, stk. 2, litra b), i Rådets direktiv 69/335/EØF af 17. juli 1969 om kapitaltilførselsafgifter giver medlemsstaterne adgang til at undergive rentefrie lån, som en selskabsdeltager yder et kapitalselskab, kapitaltilførselsafgift, også når ydelsen af lånene ikke medfører, at selskabets negative egenkapital udlignes fuldstændig.

2) Kapitaltilførselsafgiften skal i henhold til direktivets artikel 5, stk. 1, litra d), beregnes på grundlag af rentebesparelsen i forhold til markedsrenten på det tidspunkt, hvor lånet ydes, i givet fald med fradrag af de forpligtelser, der pålægges selskabet i forbindelse med lånet.«