

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

F.G. JACOBS

fremsat den 24. februar 2005¹

1. I den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse spørger Unabhngiger Finanzsenat (uafhængig skatte- og afgiftsdomstol) (Østrig), Afdeling Linz, om i) et selskab, som udsteder nye aktier, og som med dette formål overgår til børsnotering, anses for at levere en tjenesteydelse mod vederlag som omhandlet i sjette momsdirektiv og ii) afhængig af besvarelsen af dette spørgsmål, om moms betalt af tjenesteydelser, der er erhvervet i forbindelse med børsnoteringen og aktieudstedelsen, er fradragsberettiget.

Relevante fællesskabsbestemmelser om moms

2. I henhold til sjette momsdirektivs artikel 2, nr. 1², omfatter transaktioner, som pålægges moms, »[l]evering af goder og tjenesteydelser, som mod vederlag foretages i indlandet af en afgiftspligtig person, der optræder i denne egenskab«, samt indførsel af goder.

3. I artikel 4, nr. 1, defineres en afgiftspligtig person som en person, der udøver økonomisk virksomhed, uanset formålet med eller resultatet af den pågældende virksomhed. konomisk virksomhed defineres i henhold til artikel 4, nr. 2, som »alle former for virksomhed som producent, handlende eller tjenesteyder« samt »transaktioner, der omfatter udnyttelse af materielle eller immaterielle goder med henblik på opnåelse af indtægter af en vis varig karakter«.

4. Levering af goder defineres i artikel 5, nr. 1, i det væsentlige som »overdragelse af retten til som ejer at råde over et materielt gode«, mens levering af tjenesteydelser defineres i artikel 6, nr. 1, som »enhver transaktion, der ikke er en levering af et gode«. Det fastsættes nærmere, at en sådan transaktion bl.a. kan omfatte »overdragelsen af et immaterielt formuegode, uanset om fordringen på godet er skriftlig eller ikke«.

5. Visse typer af transaktioner, som i henhold til disse bestemmelser skulle være momspligtige, er imidlertid fritaget i henhold til artikel 13.

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — Rådets sjette direktiv 77/388/EØF af 17.5.1977 om harmonisering af medlemsstaternes lovgivning om omsætningsafgifter — Det fælles merværdiafgiftssystem: ensartet beregningsgrundlag, EFT L 145, s. 1, herefter »sjette direktiv«.

6. Navnlig artikel 13, punkt B, litra d), nr. 5, fritager »transaktioner, herunder forhandlinger, med undtagelse af forvaring og forvaltning, i forbindelse med aktier, andele i selskaber eller andre sammenslutninger, obligationer, og andre adkomstbeviser«, bortset fra varerepræsentativer samt rettigheder og adkomstbeviser, som vedrører fast ejendom.

7. For at undgå, at skat opkræves kumulativt i en kæde af transaktioner inden for den økonomiske sfære, hvilket, alt efter antallet af transaktioner i kæden, ville føre til en variabel og muligvis høj skattebyrde, ligger det i merværdiafgiftssystemet, at en afgiftspligtig person ved sin afregning af moms til afgiftsmyndighederne har ret til at fradrage den moms, som er betalt af hans indgående leveringer fra den, som han har debiteret sine kunder på sine udgående leveringer. De væsentligste kendetegn ved denne fradragsret fremgår af sjette direktivs artikel 17.

8. Artikel 17, nr. 2, bestemmer, at »[i] det omfang goder og tjenesteydelser anvendes i forbindelse med den afgiftspligtige persons transaktioner, er han berettiget til i den afgift, der påhviler ham, at fradrage følgende beløb: a) den merværdiafgift, som skyldes eller er erlagt for goder, der er eller vil blive leveret ham, og for tjenesteydelser, der er eller vil blive udført for ham af en anden afgiftspligtig person«. I henhold til artikel 17, nr. 1, indtræder denne fradragsret, samtidig med at den fradragsberettigede afgift forfalder.

9. Da fradragsretten kun indtræder for leveringer, der anvendes i forbindelse med afgiftspligtige transaktioner, foreligger denne ret ikke, hvis de kun anvendes til udgående transaktioner, såsom de i artikel 13 opførte transaktioner, der er undtaget fra afgiftspligt, eller leveringer, der falder uden for momsens anvendelsesområde, f.eks. på grund af at de ikke sker mod vederlag eller ikke foretages af en afgiftspligtig person, som optræder i denne egenskab, inden for rammerne af den i artikel 4 omhandlede økonomiske virksomhed.

10. Artikel 17, nr. 5, i sjette momsdirektiv omhandler situationer, hvor en afgiftspligtig person anvender goder eller tjenesteydelser både til transaktioner, i forbindelse med hvilke momsen er fradragsberettiget, og til transaktioner, i forbindelse med hvilke den ikke er. I disse tilfælde »er fradrag kun tilladt for den del af merværdiafgiften, der forholdsmæssigt svarer til beløbet for den førstnævnte form for transaktioner«.

Sagen ved den nationale ret og anmodningen om præjudiciel afgørelse

11. Kretztechnik AG (herefter »Kretztechnik«) er et østrigsk aktieselskab, der har udvikling og salg af alle former for elektro-medicinsk apparatur som forretningsområde, herunder navnlig ultralydsapparatur

til medicinske og tekniske formål, samt andet medicinsk apparatur. Salget af selskabets produkter er momspligtigt, og selskabet er derfor berettiget til at fradrage indgående moms på leveringer af goder og tjenesteydelser, som det erhverver med dette salg for øje.

12. I januar 2000 besluttede Kretztechnik at forhøje selskabets udstedte aktiekapital med 25% ved at udstede 2 500 000 indehaveraktier til en emissionskurs på 1,00 EUR pr. aktie. Med henblik herpå blev selskabet noteret på fondsbørsen Neues Markt i Frankfurt, Tyskland, fra den 23. marts 2000. For at blive noteret på børsen måtte selskabet betale for visse tjenesteydelser, som blev pålagt moms.

13. I afgiftsansættelsen for dette år afviste afgiftsmyndigheden at godkende Kretztechnik's fradrag af indgående moms på omkostninger til selskabets optagelse på den tyske fondsbørs med den begrundelse, at de aktie-transaktioner, i forbindelse med hvilke omkostningerne var pådraget, var fritaget for afgiftspligt.

14. Kretztechnik har anfægtet denne afgiftsansættelse ved Unabh ngiger Finanzsenat, som er en uafhængig domstol med kompetence i sager om afgifter og told.

15. Kretztechnik støtter søgsmålet på sætte direktivs artikel 17, nr. 2, og har nedlagt påstand om, at indgående moms kan fradrages i det omfang, hvori de tjenesteydelser, for hvilke momsen er betalt, i sidste instans anvendes med selskabets afgiftspligtige transaktioner for  je.

16. I henhold til Kretztechnik følger det af Domstolens praksis, at tjenesteydelser ikke nødvendigvis skal anvendes direkte med henblik på afgiftspligtige transaktioner, for at der indtræder fradragsret, og omkostningerne af den art, som der er tale om, udgør en del af et selskabs samlede økonomiske virksomhed³. Kretztechnik har også anført, at KapHag Renditefonds-dommen (herefter »KapHag-dommen«)⁴ finder anvendelse. I henhold til denne dom er optagelse af en ny selskabsdeltager i et personselskab mod et kontantindskud ikke omfattet af momsens anvendelsesområde. Den foreliggende sag vedrører ikke overførsel af aktier — som er undtaget fra afgiftspligt i henhold til sætte direktivs artikel 13, punkt B, litra d), nr. 5 — men udstedelsen heraf, og et aktieselskab skal i denne henseende behandles på samme måde som et personselskab.

17. Efter Finanzsenats opfattelse er der ingen tvivl om, at de tjenesteydelser, af hvilke den anfægtede afgift blev opkrævet, udelukkende kan henføres til forberedelse, bistand i

3 — Jf. dom af 5.5.1982, sag 15/81, Schul, Sml. s. 1409, og af 22.2.2001, sag C-408/98, Abbey National, Sml. I, s. 1361.

4 — Dom af 26.6.2003, sag C-442/01, Sml. I, s. 6851.

forbindelse med og udførelse af selskabets optagelse på aktiemarkedet, og at de ikke kan henføres til selskabets samlede økonomiske virksomhed.

der aktier til nye aktionærer mod betaling af en emissionspris, derved en tjenesteydelse mod vederlag som omhandlet i artikel 2, nr. 1, i [...] sjette direktiv [...]?

18. Finanzsenat har endvidere anført, at hvis udstedelsen af aktier til (fremtidige) aktionærer udgør en levering af tjenesteydelser, som er omfattet af momsens anvendelsesområde, er det en levering, der er fritaget for momspligt, hvorfor indgående moms på tjenester, som erhverves med denne levering for øje, ikke kan fradrages.

- 2) Såfremt spørgsmål 1 besvares bekræftende: Skal artikel 2, nr. 1, og artikel 17 i sjette direktiv [...] fortolkes således, at tjenesteydelser, der leveres i forbindelse med en overgang til børsnotering, fuldt ud henregnes til en afgiftsfritaget transaktion og derfor ikke berettiger til fradrag for indgående moms?

19. Finanzsenat er imidlertid usikker på, om der kan indtræde fradragsret, hvis transaktionen, analogt med KapHag-dommen, ikke er omfattet af definitionen af økonomisk virksomhed som omhandlet i sjette direktivs artikel 4, nr. 2. Domstolen tog ikke stilling til dette i sin dom, men generaladvokat Ruiz-Jarabo⁵ var af den opfattelse, at der ingen fradragsret forelå.

- 3) Såfremt spørgsmål 1 besvares benægtende: Er der i henhold til artikel 17, nr. 1 og 2, i sjette direktiv, ret til fradrag for indgående moms, fordi de andre ydelser (annoncering, advokatudgifter, juridisk og teknisk rådgivning), der skal begrunde fradraget for indgående moms, anvendes i forbindelse med virksomhedens afgiftspligtige transaktioner?»

20. Unabhngiger Finanzsenat har derfor forelagt Domstolen følgende sprsgsml til præjudiciel afgørelse:

- »1) Leverer et aktieselskab, der overgår til børsnotering og i den forbindelse udste-

21. Den sagsøgte afgiftsmyndighed samt den østrigske, danske, tyske og italienske regering, ligesom Det Forenede Kongeriges

5 — Jf. punkt 50 i forslaget til afgørelse.

regering og Kommissionen, har indgivet skriftlige indlæg. Kretztechnik, den tyske regering og Det Forenede Kongeriges regering afgav mundtlige indlæg under retsmødet.

24. Der er følgelig ingen tvivl om, at anmodningen om præjudiciel afgørelse kan antages til realitetsbehandling.

De præjudicielle spørgsmål

Stillingtagen

Formaliteten

22. I forelæggelseskendelsen har Unabhnger Finanzsenat på overbevisende mde anført, at den er en domstol i en medlemsstat, som har kompetence til at anmode Domstolen om en præjudiciel afgørelse i medfør af artikel 234 EF.

23. EF-Domstolen har endvidere, efter at anmodningen om præjudiciel afgørelse er blevet fremsat, besvaret spørgsmål i en anden sag fra denne nationale instans⁶ uden at stille spørgsmålstegn ved kompetencen — i modsætning til en tidligere anmodning om præjudiciel afgrelse⁷ fra en Berufungssenat der Finanzlandesdirektion (appelinstant ved den regionale skatte- og afgiftsmyndighed), som var forgænger til Unabhnger Finanzsenat, men som var funktionelt og organisatorisk knyttet til den skatte- og afgiftsmyndighed, hvis afgørelse den vurderede.

25. Kretztechnik ønsker at fradrage den indgående moms betalt af omkostningerne til forskellige tjenesteydelser, som selskabet har købt med det formål at opnå adgang til børsen i Frankfurt og at udstede aktier, der skulle noteres på denne børs. Den forelæggende ret har fastslået, at de pågældende tjenesteydelser udelukkende kan henføres til disse foranstaltninger.

26. For at moms skal kunne fradrages, skal de pågældende indgående transaktioner have en direkte og umiddelbar tilknytning til de afgiftspligtige udgående transaktioner⁸.

27. Domstolen har imidlertid fastslået, at en afgiftspligtig persons generelle udgifter i princippet udgør omkostningselementer i, og dermed har en direkte og umiddelbar tilknytning til, denne persons samlede økonomiske virksomhed. Indgående moms på disse generelle omkostninger kan altså fradrages i det omfang, at de udgående leveringer er afgiftspligtige⁹.

6 — Jf. dom af 24.6.2004, sag C-278/02, Handlbauer, Sml. I, s. 6171, præmis 23, og generaladvokat Tizzanos forslag til afgørelse af 15.1.2004, punkt 24-37.

7 — Jf. dom af 30.5.2002, sag C-516/99, Schmid, Sml. I, s. 4573.

8 — Jf. dom af 27.9.2001, sag C-16/00, Cibo Participations, Sml. I, s. 6663, præmis 26 og den deri nævnte retspraksis.

9 — Jf. dom af 6.4.1995, sag C-4/94, BLP Group, Sml. I, s. 983, navnlig præmis 25, og Abbey National-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 3, navnlig præmis 35, 36 og 40.

28. Det er ubestridt, at aktieudstedelsen ikke udgør en afgiftspligtig levering.

29. Hvis aktieudstedelsen er en levering, som er fritaget fra afgiftspligt, kan der ikke foreligge nogen ret til at fradrage moms, som er betalt af tjenesteydelser, der kan henføres direkte og umiddelbart til denne levering.

30. Kretztechnik har imidlertid gjort gældende, at det ved en aktieudstedelse slet ikke drejer sig om en levering fra det udstedende selskab, og at der derfor skal anlægges en anden vurdering. Efter Kretztechniks opfattelse er aktieudstedelsen ganske enkelt en kapitalforhøjelse, og omkostningerne i forbindelse med denne forhøjelse udgør en del af selskabets generelle omkostninger, hvorfor de har en tilknytning til selskabets samlede økonomiske virksomhed.

Det første spørgsmål

Sjette direktiv

31. Den forelæggende ret har spurgt, om notering på en fondsbørs og udstedelse af aktier til nye aktionærer udgør en levering mod vederlag som omhandlet i sjette direktivs artikel 2. Da det her ikke drejer sig om

goder, vedrører spørgsmålet, om der foreligger en levering af tjenesteydelser. Og det er åbenbart, at en børsnotering i sig selv ikke kan være en levering, men, i givet fald, kun en modtagelse af tjenesteydelser.

32. Det første spørgsmål er altså, om et selskab, som udsteder aktier, foretager en levering af tjenesteydelser mod vederlag.

33. Det er åbenbart, at transaktioner med aktier eller andele i selskaber eller foreninger kan udgøre leveringer mod vederlag, som er omfattet af momsens anvendelsesområde, da de ellers ikke kunne være fritaget i henhold til artikel 13, punkt B, litra d), nr. 5, og det er under alle omstændigheder åbenbart, at de er omfattet af begrebet »overdragelse [...] af et immaterielt formuegode« i artikel 6, nr. 1. Til de transaktioner, som er fritaget for afgiftspligt, hører forhandling af aktier, men ikke forvaltning og forvaring heraf.

34. Domstolen har i overensstemmelse med denne bestemmelse og med definitionen i artikel 4, nr. 2, hvorefter økonomisk virksomhed omfatter »udnyttelse« af materielle eller immaterielle goder med henblik på opnåelse af indtægter af en vis varig karakter, gentagne gange fastslået, at erhvervelse, indehavelse og salg af selskabsandele ikke i sig selv skal betragtes som en økonomisk

virksomhed i sjette direktivs forstand. Derimod kan transaktioner, som foretages i forbindelse med udøvelse af handelsvirksomhed med værdipapirer, være omfattet af anvendelsesområdet for momsen ¹⁰.

35. En overførsel af eksisterende aktier kan altså, i overensstemmelse med sjette direktivs artikel 2, nr. 1, udgøre en levering mod vederlag, som er afgiftspligtig, hvis den foretages inden for rammerne af en kommerciel fondshandelsvirksomhed. I så fald vil den være en fritaget transaktion i henhold til artikel 13, punkt B, litra d), nr. 5. Foretages den ikke inden for rammerne af en sådan virksomhed, er den derimod ikke omfattet af anvendelsesområdet for momsen.

36. Domstolen har dog i denne sammenhæng indtil nu kun taget stilling til en afgiftspligtig persons salg af aktier i et uafhængigt selskab. Hvis et selskab selv udsteder nye aktier, kan der muligvis anlægges en anden vurdering. Kretztechnik har f.eks. påpeget, at aktier, som et selskab ejer i et andet selskab, udgør en del af førstnævnte selskabs aktiver. Dette selskabs egne aktier betragtes derimod som forpligtelser over for dets aktionærer.

37. Domstolen har ikke tidligere skullet tage stilling til, hvordan et aktieselskabs nyemission af aktier skal kvalificeres, men slog i KapHag-dommen ¹¹ fast, at optagelse af en ny selskabsdeltager mod et kontantindskud i personselskabets aktiver ikke udgør en økonomisk virksomhed i sjette direktivs forstand eller en levering af tjenesteydelser mod vederlag til selskabspartneren.

38. Domstolens ræsonnement i KapHag-dommen, som i det væsentlige fremgår af præmis 36-42, kan sammenfattes som følger ¹². Selv om »udnyttelse af materielle eller immaterielle goder« er et bredt begreb, omfatter det ikke det forhold i sig selv, at der erhverves og forvares aktier, idet et eventuelt udbytte, som kapitalandelen afkaster, kun er en følge af ejendomsretten. En ny selskabsdeltager, der optages i et personselskab mod erlæggelse af et kontantindskud, udøver således ingen økonomisk virksomhed i sjette direktivs forstand. Hvis erhvervelse af en aktie ikke i sig selv udgør en sådan økonomisk virksomhed, må det samme gælde for overførsel af sådanne aktier. Optagelse af en ny selskabsdeltager i et personselskab udgør derfor ikke en levering af tjenesteydelser til ham.

¹⁰ — Jf. senest dom af 21.10.2004, sag C-8/03, BBL, Sml. 1, s. 10157, præmis 36-41 og den deri nævnte retspraksis.

¹¹ — Nævnt ovenfor i fodnote 4.

¹² — Jf. også punkt 24-36 i generaladvokat Ruiz-Jarabos forslag til afgørelse.

39. Denne begrundelse støttede sig på Domstolens tidligere praksis¹³, som den, således som det blev påpeget af den danske regering, var en logisk forlængelse af. Den blev for nylig bekræftet i BBL-dommen¹⁴.

40. Kretztechnik, den danske og den italienske regering samt Kommissionen er alle i det væsentlige af den opfattelse, at afgørelsen i KapHag-dommen kan overføres på situationen, hvor et aktieselskab udsteder nye aktier for at øge sin kapital.

41. Der er åbenbare paralleller mellem de to situationer.

42. Den sagsøgte afgiftsmyndighed, den østrigske og den tyske regering samt Det Forenede Kongeriges regering er imidlertid af den opfattelse, at der bør foretages en sontring mellem de to situationer, og at aktieudstedelsen udgør en levering mod vederlag, som er omfattet af momsens anvendelsesområde (men som er omfattet af fritagelserne i artikel 13, punkt B, litra d), nr. 5).

43. Den sagsøgte afgiftsmyndighed og den østrigske regering er af den opfattelse, at der består en væsentlig forskel mellem karakteren af et personselskab og et aktieselskab. I modsætning til et aktieselskab behøver et personselskab f.eks. ikke at have status som juridisk person.

44. Jeg er ikke enig i, at en sontring mellem retlige kendetegn er relevant her. Som Det Forenede Kongeriges regering påpegede under retsmødet, varierer disse kendetegn betydeligt mellem medlemsstaterne. Såvel indehavelse af selskabsandele i et personselskab og en aktie i et aktieselskab indebærer imidlertid et delvist ejerskab af den pågældende enhed — i det omfang denne enhed er anerkendt som sådan i det retssystem, som den eksisterer under — og dermed indirekte af dens aktiver. Udstedelsen af nye aktier mod kontantindskud, som øger selskabets kapital, er i økonomisk henseende sammenlignelig med optagelsen af en ny selskabsdeltagertager mod kontantindskud i et personselskabs aktiver.

45. Afgiftsmyndigheden har endvidere gjort gældende, at optagelsen af en ny selskabsdeltagertager kræver, at der indgås en kontrakt mellem de eksisterende og de nye selskabsdeltagere, mens udstedelsen af nye aktier som sådan ikke involverer de eksisterende aktionærer.

13 — Navnlig dom af 20.6.1991, sag C-60/90, Polysar Investments Netherlands, Sml. I, s. 3111, præmis 12, af 6.2.1997, sag C-80/95, Harnas & Helm, Sml. I, s. 745, præmis 13-15, og af 20.6.1996, sag C-155/94, Wellcome Trust, Sml. I, s. 3013, præmis 33.

14 — Nævnt ovenfor i fodnote 10.

46. Som Domstolen påpegede i KapHag-dommen¹⁵ savner det imidlertid betydning, om optagelsen af en ny selskabsdeltager skal betragtes som en handling foretaget af selskabet selv eller af de eksisterende selskabsdeltagere, hvis den under alle omstændigheder ikke har karakter af levering af en tjenesteydelse mod vederlag.

47. Det er efter min opfattelse heller ikke relevant, at et selskab, som udsteder nye aktier på et aktiemarked, i modsætning til et personselskab, som optager en ny selskabsdeltager, ikke ved, hvem aktierne bliver solgt til, og at nogle eller samtlige købere kan være mæglere, som optræder i egenskab af afgiftspligtige personer inden for rammerne af en økonomisk virksomhed, således som det er blevet påpeget navnlig af den østrigske regering og af Det Forenede Kongeriges regering.

48. Det er åbenbart, at kvalificeringen af en afgiftspligtig transaktion alene kan baseres på den egenskab, i hvilken leverandøren optræder, og ikke på den, i hvilken erhververen optræder. Ellers ville en levering til en privat slutforbruger ikke være en afgiftspligtig transaktion, hvilket ville være fuldstændig i strid med merværdiafgiftens natur som »en generel forbrugsafgift, [som skal] anvendes til og med detailhandelsleddet«¹⁶.

49. Den egenskab, i hvilken kunden optræder, har kun relevans for dennes senere ret til at fradrage den moms, som måtte blive opkrævet af transaktionen¹⁷. Hvorvidt momsen opkræves eller ej, afhænger af, om leverandøren er en »afgiftspligtig person, der optræder i denne egenskab«, og i givet fald, om transaktionen er afgiftspligtig eller afgiftsfritaget.

50. Men argumentet er under alle omstændigheder baseret på den antagelse, at en aktieudstedelse kan udgøre en levering til den nye aktionær.

51. I KapHag-dommen blev det imidlertid fastslået, at der ikke var tale om en levering til den nye selskabsdeltager, hverken fra de eksisterende selskabsdeltagere eller fra personselskabet, og det væsentlige spørgsmål i den foreliggende sag er, om aktieudstedelsen overhovedet skal betragtes som en levering fra selskabet. I denne henseende finder jeg den vurdering, som den italienske regering og i vidt omfang Kommissionen, og frem for alt Kretztechnik, har anført, særdeles overbevisende.

52. Selv om sjette direktivs artikel 6, nr. 1, definerer levering af tjenesteydelser som en transaktion, der ikke udgør en levering af

15 — Nævnt ovenfor i fodnote 4, præmis 42.

16 — Jf. artikel 2 i Rådets første direktiv 67/227/EØF af 11.4.1967 om harmonisering af medlemsstaternes lovgivning om omsætningsafgifter, EFT 1967, s. 12.

17 — Jf. dom af 11.7.1991, sag C-97/90, Lennartz, Sml. I, s. 3795, præmis 8.

goder, er det åbenbart, at denne definition ikke kan gives det ekstremt vide omfang, som følger af en streng fortolkning af dens ordlyd. Det er nok mere rimeligt at fortolke den således, at den har til formål at definere en tjenesteydelse som noget, der leveres, men som ikke er et gode.

siger sig selv, at en person ikke foretager en levering, når han erhverver goder eller tjenesteydelser.

53. Moms er en afgift på omsætning og forbrug¹⁸. Kun leveringer, som udgør en del af en afgiftspligtig persons omsætning, og som udgør et led i en kæde, der normalt slutter med den endelige kundes forbrug, kan pålægges denne afgift.

54. En aktieudstedelse kan ikke anses for at udgøre en del af et selskabs omsætning. Og den er heller ikke en tjenesteydelse, som forbruges af den nye aktionær, som ikke er en kunde, men indehaver af en del af selskabet.

55. Endvidere er det vigtigt at erindre, at en transaktion mellem to parter har to sider. På den ene side er den en levering, på den anden side en erhvervelse¹⁹. Det er imidlertid kun leveringen, og ikke erhvervelsen, der kan udgøre en transaktion, som — afgiftspligtig eller afgiftsfritaget — er omfattet af momsens anvendelsesområde. Det

56. Hvad er da levering, og hvad er erhvervelse ved en aktieudstedelse?

57. Med indehavelsen af en aktie i et aktieselskab følger ejendomsretten til en andel af selskabets aktiver (overskud og restværdi), som normalt giver aktionæren ret til en andel af et udloddet udbytte og af selskabets restværdi ved en eventuel afvikling af selskabet.

58. En aktionærs salg af en aktie udgør uden tvivl levering af en tjenesteydelse i form af en overdragelse af et eksisterende immaterielt formuegode som omhandlet i sjette direktivs artikel 6, nr. 1. Køberen foretager ikke en investering i selskabet i form af et kapitalindskud, men erhverver snarere visse rettigheder til kapitalen, der allerede er blevet indskudt. Dette er den art af transaktioner, som Domstolen har taget stilling til i sin tidligere praksis vedrørende behandlingen af aktietransaktioner for så vidt angår moms.

59. Når et selskab udsteder nye aktier, sælger det imidlertid ingen allerede eksisterende immaterielle formuegoder eller nogen ret til en del af dets eksisterende aktiver. Selskabet

18 — Jf. titlerne på alle momsdirektiverne samt første direktivs artikel 2, nævnt ovenfor i fodnote 16.

19 — Ved omsætning i form af byttehandel sker der selvfølgelig to leveringer og to erhvervelser.

øger sine aktiver gennem kapitalerhvervelsen og anerkender de nye aktionærs rettigheder som ejere for så vidt angår selskabets restværdi til en tidligere ikke-eksisterende andel af de øgede aktiver, der er opstået gennem deres kapitalindskud.

62. Og det er korrekt, således som den italienske regering har påpeget, at artikel 12, nr. 1, litra f), i dette direktiv bestemmer, at medlemsstaterne kan afgiftspålægge de i artikel 10 og 11 opførte transaktioner, der omfatter udstedelse af aktier.

60. Et sådant tiltag kan ikke kategoriseres som en levering af tjenesteydelser fra selskabet. Set ud fra selskabets synspunkt foreligger der en erhvervelse af kapital, ikke en levering, og dermed sker der ingen transaktion, som kan pålægges eller fritages for moms. Set ud fra aktionærens synspunkt drejer det sig om en investering, et kapitalindskud, og ikke en erhvervelse²⁰.

63. Intet i kapitaltilførselsdirektivet kan dog påvirke, at en transaktion, som i henhold til momsdirektiverne ikke er omfattet af anvendelsesområdet for momsen, bliver momspålagt. Artikel 12, nr. 1, litra f), kan derfor kun vedrøre andre transaktioner, som dækkes af artikel 10 og 11, og som er afgiftspligtige i henhold til sjette direktiv — f.eks. erhvervsmæssig handel med aktier.

Direktivet om kapitaltilførselsafgifter

64. Endvidere viser en sammenligning mellem direktivet om kapitaltilførselsafgifter og momsdirektiverne, at kapitaltransaktioner overhovedet ikke er omfattet af momsens anvendelsesområde, uanset om de anses for at udgøre ind- eller udgående transaktioner.

61. Selv om et aktieselskabs udstedelse af aktier ikke er en afgiftspligtig tjenesteydelse, kan udstedelsen ikke desto mindre være omfattet af en anden form for afgift, der er harmoniseret på fællesskabsplan ved direktivet om kapitaltilførselsafgifter²¹.

65. De to første betragtninger til første momsdirektiv²² har følgende ordlyd:

»Det er traktatens hovedformål inden for rammerne af en økonomisk union at etablere

20 — Jf. også punkt 32 og 33 i generaladvokat Ruiz-Jarabos forslag til afgørelse i KapHag-sagen.

21 — Rådets direktiv 69/335/EØF af 17.7.1969 om kapitaltilførselsafgifter, EFT 1969 II, s. 405.

22 — Nævnt ovenfor i fodnote 16.

et fælles marked, hvor der hersker sunde konkurrenceforhold, og som har kendetegn, som svarer til dem i et internt marked.

kapitalens frie bevægelighed. Ligesom kapitalafgift ikke kan pålægges leverancer af goder og tjenesteydelser, kan det antages, at moms — en afgift på omsætning og forbrug — heller ikke kan pålægges kapitaltilførsler.

Det er en forudsætning for virkeliggørelsen af dette mål, at der forinden i medlemsstaterne findes lovgivning om omsætningsafgifter, der ikke fordrejer konkurrencevilkårene, og som ikke hindrer den frie bevægelighed for varer og tjenesteydelser inden for det fælles marked.«

66. Første betragtning til direktivet om kapitaltilførselsafgifter har derimod følgende ordlyd:

»Traktatens mål er tilvejebringelse af en økonomisk union med lignende egenskaber som et internt marked: en af de væsentlige forudsætninger for opnåelsen af dette mål er fremme af de frie kapitalbevægelser.«

67. Disse betragtninger støtter det synspunkt, at de to (sæt) direktiver — og de to afgifter — vedrører to forskellige kategorier af transaktioner. Begge har til formål at sikre lige vilkår på det indre marked, men momsen vedrører den frie bevægelighed for goder og tjenesteydelser, mens kapitalafgiften vedrører

Forslag til besvarelse af det første spørgsmål

68. Sammenfattende kan det således antages, at et selskabs udstedelse af nye aktiesæt ikke udgør en levering fra selskabet, og/eller at det udgør en transaktion af en art, som ikke er omfattet af momsens anvendelsesområde. I begge tilfælde savner de forskellige argumenter vedrørende kvalificeringen af transaktionen, som baserer sig på den antagelse, at det drejer sig om en levering, omfattet af momsens anvendelsesområde, relevans.

69. Besvarelsen af den forelæggende rets første spørgsmål må derfor blive benægtende, og det er derfor uforholdsmæssigt at besvare dens andet spørgsmål.

Det tredje spørgsmål

70. Hvis aktieudstedelsen ikke kan betragtes som en levering foretaget af Kretztechnik,

som er afgiftspligtig, eller som kan afgiftsfritages i henhold til momssystemet, må den forelæggende rets konklusion om, at omkostningerne i forbindelse med den anfægtede tjenesteydelse udelukkende kan henføres til børsintroduktionen med henblik på at gennemføre emissionen, vurderes i lyset heraf.

71. Fradragsretten i henhold til sjette direktivs artikel 17 er baseret på, at indgående omkostninger kan henføres til udgående transaktioner.

72. Enhver forbindelse, disse omkostninger måtte have med andre transaktioner, såsom andre indgående transaktioner, der er rent interne i den afgiftspligtige persons virksomhed, eller transaktioner, bortset fra leveringer, som falder helt uden for momsens anvendelsesområde, er i denne henseende ganske enkelt uden relevans.

73. Hvis f.eks. en sælger gør brug af en mægler eller valuars tjenester ved erhvervelse af en vare, kan omkostningerne i forbindelse med disse tjenester siges at være direkte, umiddelbare og udelukkende knyttet til erhvervelsen. Dette afgør imidlertid ikke, om momsen på disse tjenesteydelser er fradragsberettiget. Fradragsretten afhænger af de udgående transaktioner, som tjenesteydelserne anvendes til. Disse transaktioner vil normalt bestå af videreleveringen af varen eller godet eller tjenesteydelsen, som tjene-

steydelsen er blevet anvendt til, eller som den er blevet indarbejdet i. Fradragsretten er betinget af, om denne levering er afgiftspligtig eller ej.

74. Hvis den transaktion, som den indgående transaktion er tættest knyttet til, er en transaktion, der overhovedet ikke er omfattet af momsens anvendelsesområde, fordi den under ingen omstændigheder udgør en levering af goder eller tjenesteydelser, savner den betydning for fastsættelsen af fradragsret. Det, som har betydning, er den eventuelle tilknytning til de nævnte udgående transaktioner, og om disse er afgiftspligtige eller fritaget for afgiftspligt²³.

75. Det spørgsmål, der skal besvares i Kretztekniks tilfælde, er således, om den kapital, som blev tilført ved aktieudstedelsen, er blevet anvendt til en eller flere afgiftspligtige udgående transaktioner.

76. Det forekommer således sandsynligt, at kapitalanvendelsen — og de tjenesteydelser, som var forbundet med denne kapitalanskaffelse — ikke kan knyttes til nogen specifikke udgående transaktioner, men snarere må henføres til selskabets samlede økonomiske virksomhed. Der kan ikke herske nogen fornuftig tvivl om, at et erhvervsdrivende selskab, som forhøjer sin kapital, gør dette med sin økonomiske virksomhed for øje.

23 — Jf. også mit forslag til afgørelse i Abbey National-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 3, navnlig punkt 35 og 46.

77. Det er ubestridt, at samtlige Kretztekniks udgående transaktioner er afgiftspligtige, og at Kretztechnik derfor har foretaget kapitalforhøjelsen i egenskab af en afgiftspligtig person, der optræder i denne egenskab. I så fald er moms på indgående transaktioner, som kan henføres til selskabets generelle omkostninger, og som vedrører dets samlede økonomiske virksomhed, fuldt

fradragsberettigede i overensstemmelse med den retspraksis, som er sammenfattet i punkt 27 ovenfor. Foretager selskabet derimod også andre udgående transaktioner, vil kun en forholdsmæssig andel heraf, som fastsættes i overensstemmelse med sjette direktivs artikel 17, nr. 5, være fradragsberettiget.

Forslag til afgørelse

78. Jeg foreslår derfor Domstolen at besvare spørgsmålene fra Unabh ngiger Finanzsenat som følger:

- »1) Et aktieselskab, der overgår til børsnotering og i den forbindelse udsteder aktier til nye aktionærer mod betaling af en emissionspris, leverer ikke en tjenesteydelse mod vederlag som omhandlet i Rådets sjette direktiv 77/388/EØF af 17. maj 1977 om harmonisering af medlemsstaternes lovgivning om oms ttingsafgifter — Det fælles merværdiafgiftssystem: ensartet beregningsgrundlag.
- 2) Indgående moms på tjenesteydelser, som er erhvervet til en sådan aktieudstedelse, kan i henhold til artikel 17, nr. 1, 2 og 5, fradrages i det omfang, hvori selskabet opkræver moms af sine udgående transaktioner.«