

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
CARL OTTO LENZ

fremSAT den 7. juli 1987 *

Høje Domstol.

A — Faktiske omstændigheder

1. Sagsøgte i den sag, der verserer for den øverste danske retsinstans, og som er baggrunden for de forelagte præjudicielle spørgsmål, er en dansk investeringsforening med fire afdelinger, som ifølge det oplyste (også regnskabsmæssigt) er selvstændige og — som vi har hørt — efter dansk ret betragtes som selvstændige selskaber med hver sin formue. Investeringsforeningens afdeling C — hovedsagen drejer sig om transaktioner i den afdeling — er en såkaldt akkumulerende forening, hvilket vil sige, at det nettooverskud, der opnås i kraft af de papirer, der tilhører afdelingen, ikke udbetales, men automatisk tillægges afdelingens formue (som i øvrigt opgøres på grundlag af kursværdien af afdelingens papirer og likvide beholdninger). Hver enkelt indehaver af certifikater, som lyder på nominelle beløb, ejer en andel af foreningens formue, og andelens værdi (som bestemmer kursen på certifikaterne) opgøres på den måde, at den samlede formue divideres med antallet af certifikater (jfr. i det hele foreningens vedtægter, navnlig §§ 15, 18 og 19).

2. I december 1979 androg kursen på afdeling C's certifikater ifølge det oplyste ca. 200. Da certifikaterne som af sagsøgte anført ikke var udformet i overensstemmelse

med lovgivningens krav, og der derfor skulle trykkes nye certifikater, benyttede man lejligheden til samtidig at nedsætte kursen på certifikaterne, idet kursen spiller en vigtig rolle for potentielle købere. De gamle certifikater blev derfor inddraget, og uden nogen form for indbetaling udleveredes det dobbelte antal certifikater med den samme pålydende værdi, hvilket faktisk medførte, at kursen blev halveret til ca. 100.

3. De danske afgiftsmyndigheder var af den opfattelse, at en sådan transaktion måtte sidestilles med et aktieselskabs udstedelse af fondsaktier og derfor var afgiftspligtig i henhold til §4, nr. 3, i den danske lov om kapitaltilførselsafgifter af 23. maj 1973, hvorefter der er pligt til at svare kapitaltilførselsafgift ved forhøjelse af aktie- eller andelskapitalen ved omdannelse af overskud, reserver eller henlæggelse. I overensstemmelse hermed opkrævedes afgift af sagsøgte, og afgiften blev da også indbetalt i juni 1980 (dog med fradrag af de afgifter, som gennem årene var betalt ved certifikatemitisioner, og beregnet af kursværdien på emissionstidspunktet).

4. Investeringsforeningen fandt, at der i det tilfælde ikke er tale om *omdannelse* af overskud, reserver eller henlæggelser, og at transaktionen heller ikke medførte en *forhøjelse* af selskabskapitalen (da denne svarer til afdeling C's til enhver tid værende formue), og anlagde derfor sag ved Østre Landsret med påstand om tilbagebetaling af

* Oversat fra tysk.

den erlagte kapitaltilførselsafgift. Ved dom af 28. marts 1983 gav Østre Landsret foreringen medhold.

5. Ministeriet for Skatter og afgifter ankede denne dom til Højesteret. Da den nævnte danske lov er udstedt til gennemførelse af Rådets direktiv 69/335/EØF af 17. juli 1969 om kapitaltilførselsafgifter¹, og det må antages, at ovennævnte danske lovbestemmelse har samme rækkevidde som direktivets artikel 4, stk. 2, litra a) (i direktivbestemmelsen tales der om en udvidelse af kapitalen i et kapitalselskab ved omdannelse af overskud, reserver eller henlæggelser), fandt Højesteret det nødvendigt at forelægge to præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkning af direktivet, inden retten afsagde endelig dom i sagen. Ved beslutning af 28. januar 1986 udsatte Højesteret derfor sagen og anmodede i medfør af EØF-Traktatens artikel 177 Domstolen om at besvare følgende præjudicielle spørgsmål:

- »1) Skal artiklerne 10 og 11 i Rådets direktiv af 17. juli 1969 om kapitaltilførselsafgifter forstås således, at det ikke er tilladt for en medlemsstat at pålægge kapitalselskaber, jfr. direktivets artikel 3, andre skatter eller afgifter på de i artikel 10 og 11 nævnte dispositioner end kapitaltilførselsafgift og de i artikel 12 nævnte afgifter?
- 2) Skal direktivets artikel 4, stk. 2, litra a), forstås således, at en udvidelse af selskabskapitalen ved tilførsel af de i bestemmelsen nævnte værdier er en betingelse for at pålægge kapitaltilførselsaf-

gift i medfør af denne bestemmelse, eller er en medlemsstat berettiget til at opkræve kapitaltilførselsafgift alene på grundlag af en forhøjelse af den nominelle kapital?»

6. Der er afgivet skriftlige (for enkeltes vedkommende også mundtlige) indlæg af parterne i hovedsagen (det nævnte ministerium tillige på den danske regerings vegne), den nederlandske regering og Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber. Med hensyn til indholdet af de nævnte indlæg skal jeg i første omgang henvide til retsmøderapporten.

B — Stillingtagen

De i sagen omtvistede problemer giver efter min opfattelse anledning til følgende bemærkninger:

7. 1. Indledningsvis må det fastslås, at parterne i hovedsagen er enige om, at *sagsøgtes afdeling C* må anses for et *kapitalselskab* i den i artikel 3 i direktiv 69/335 forudsatte betydning, og at det afgørende derfor er, hvorledes direktivets bestemmelser om afgiftspligtens indtræden skal fortolkes med henblik på en disposition som den, der omtvistes i hovedsagen. — Højesteret har imidlertid ikke spurgt, om direktivet [som i artikel 3, stk. 1, litra b), nævner selskaber, personsammenslutninger eller juridiske personer, hvis kapital eller formueandele er omsættelige på børsen i en af medlemsstaterne] retligt også omfatter selvstændige *afdelinger* af et selskab, hvorfor det er ufornuddent at komme nærmere ind på det spørgsmål, der blev strejfet i den sidste del af den mundtlige forhandling.

¹ — EFT 1969 II, s. 405; i versionen i akten vedrørende tiltrædelsesvilkårene og tilpasningerne af Traktaterne — Dansk særudgave af 27. marts 1972, s. 93.

8. 2. Med hensyn til det *første spørgsmål*, der drejer sig om, hvorvidt en medlemsstat kun kan opkræve de deri udtrykkeligt nævnte afgifter, har alle de i sagen involverede foreslået, at det besvares bekræftende. Jeg kan kun tilslutte mig det synspunkt, når henses til ordlyden af de tre i spørgsmålet nævnte artikler, sammenholdt med direktivets opbygning og betragtningerne til det.

9. Det er således af betydning, at medlemsstaterne i henhold til direktivets artikel 10 kun må opkræve den i direktivet nævnte kapitaltilførselsafgift og kun i forbindelse med de i direktivets artikel 4 udførligt nævnte dispositioner. Det er endvidere vigtigt, at medlemsstaterne i henhold til direktivets artikel 11, litra a) (som i den foreliggende sag kan komme i betragtning), ikke må opkræve skatter af nogen som helst art på udfærdigelse, udstedelse, optagelse til børsnotering, tilførsel til markedet af eller handel med aktier, andelsbeviser eller andre værdipapirer af lignende art samt certifikater for sådanne værdipapirer. På den anden side må det understreges, at medlemsstaterne ifølge direktivets artikel 12 kan opkræve visse afgifter, uanset artiklerne 10 og 11; det er imidlertid uden videre klart, at ingen af de i den artikel formentligt udtømmende opregnede afgifter har nogen som helst betydning for hovedsagen. Endelig kan jeg også henvise til den sidste betragtning til direktivet, hvoraf det udtrykkeligt fremgår, at medlemsstaterne ikke kan opretholde andre afgifter med samme kendetegn som kapitaltilførselsafgiften eller stempelafgiften på værdipapirer, men skal ophæve de nævnte afgifter, da de strider mod de mål, der forfølges med de i direktivet indeholdte forholdsregler.

10. 3. Med det *andet spørgsmål* har Højesteret ønsket en fortolkning af direktivets artikel 4; i dennes stk. 1 opregnes de dispositioner, der er undergivet kapitaltilførselsaf-

giften, og i dens stk. 2 anføres de dispositioner, som medlemsstaterne *kan* undergive kapitaltilførselsafgift, såfremt dette findes hensigtsmæssigt. Højesteret ønsker oplyst, hvorledes direktivets artikel 4, stk. 2, litra a), skal forstås (der tales her om udvidelse af kapitalen i et kapitalsselskab ved omdannelse af overskud, reserver eller henlæggelse), og om det herved er tilstrækkeligt, at den *nominelle* kapital forhøjes (hvilket må antages at være tilfældet for sagsøgte i hovedsagen, selv om formuemasens struktur ikke er ændret), eller om det er en betingelse, at der sker en *tilførsel* af de i artikel 4, stk. 2, litra a), nævnte formueværdier, hvilket formentlig må betyde tilførsel ved en særlig disposition fra et organ inden for selskabet i den forstand, at der sker en overførsel af særlige formueandele til den ansvarlige kapital.

11. Fremfor alt sagsøgte i hovedsagen, men reelt også Kommissionen — med en mere nuanceret stillingtagen — gik ind for det sidste synspunkt. Ifølge sagsøgeren i hovedsagen må spørgsmålet derimod besvares som den af mig først angivne mulighed; dette gælder nok også den nederlandske regering, der anførte, at der i Nederlandene utvivlsomt skal betales kapitaltilførselsafgift i sådanne tilfælde (dvs. ved omdannelse til selskabskapital af overskud, reserver eller henlæggelser, for hvilke der endnu ikke er betalt afgift).

12. a) Ved løsningen af dette problem er det efter min opfattelse hensigtsmæssigt først principielt at fastslå, at direktivets artikel 4, hvori de dispositioner er opregnet, der kommer i betragtning ved kapitaltilførselsafgiften, skal fortolkes *snævert*, og at dette navnlig må gælde for artiklens stk. 2, der giver de enkelte medlemsstater mulighed for at udstede forskellige bestemmelser, idet det ellers bliver vanskeliggere at nå det tilsig-

tede mål, nemlig at fremme de frie kapitalbevægelser via en ensartet beskatning.

13. Den konklusion er efter min opfattelse ganske berettiget, når henses til visse bemærkninger fra fællesskabsorganerne Det Økonomiske og Sociale Udvalg og Parlamentet, der afgav udtalelse forud for udstedelsen af direktivet. Det er således betegnende, at Det Økonomiske og Sociale Udvalg i sin udtalelse understregede, at det måtte være muligt at *ophæve* afgifterne på kapitaltilførsler, hvis provenu er beskedent, da de ikke hører hjemme i et rationelt afgiftssystem, og at udvalget ligeledes beklagede, at det ikke var muligt også at ophæve kapitaltilførselsafgiften, hvor det i det mindste ud fra et økonomisk synspunkt næppe var rimeligt at beskatte tilførsel af kapital². — Det er ligeledes værd at hæfte sig ved, at Parlamentet i en beslutning fastholdt, at en fuldstændig afskaffelse af kapitaltilførselsafgiften ville være den bedste løsning, og at man til den foreslåede løsning bemærkede, at den var et væsentligt skridt i den retning³.

14. For det andet underbygger det også min principielle opfattelse, hvad der anføres i betragtningerne til rådsdirektiv 85/303/EØF af 10. juni 1985 om ændring af direktiv 69/335/EØF, nemlig at de økonomiske virkninger af kapitaltilførselsafgiften hæmmer virksomhedsomgrupperinger og virksomhedernes udvikling, og at den bedste løsning til fremme af investeringerne ville være at *ophæve* kapitaltilførselsafgiften⁴. Heraf kan det uden videre sluttes, at fælles-

2 — JO 1965, 133, s. 2232; for god ordens skyld skal jeg nævne, at Det Økonomiske og Sociale Udvalg endog fremsatte ændringsforslag om at lade de fakultative beskatningsmuligheder i henhold til artikel 4, stk. 2, falde bort; forslaget blev dog afvist.

3 — JO 1965, 119, s. 2057.

4 — EFT 1985, L 156, s. 23.

skabslovgiver allerede ved udstedelsen af direktiv 69/335/EØF fandt det synspunkt rimeligt, som også de to andre nævnte fællesskabsorganer principielt indtog.

15. b) Med udgangspunkt i det nævnte principielle synspunkt og *ordlyden* af artikel 4, stk. 2, litra a) (som i den forbindelse har særlig betydning), ligger den antagelse lige for, at bestemmelsen — som taler om *udvikelse* af kapitalen ved *omdannelse* af overskud osv. — kun har sådanne tilfælde for øje, hvor der i et selskab findes to adskilte kapitalmasser (som regnskabsmæssigt er opført hver for sig og eventuelt indført i offentlige registre), og hvor der ved en særlig disposition foretages en forskydning mellem kapitalmasserne, som også udadtil har selskabsretlige retsvirkninger (således at de enkelte ejere af andele ikke længere uden videre kan råde over den således tilførte kapital, og der derfor, for så vidt angår kapital-siden, er tale om en »styrkelse af selskabets økonomiske kapacitet« — således som det var tilfældet i dommen i sag 207/81⁵).

16. Derimod kan der næppe være tænkt på dispositioner som dem, hovedsagen drejer sig om, nemlig et selskab med kun *én* formue, som — ifølge selskabets vedtægter — vokser gennem overskud og lignende, og hvor der kun sker en ændring af den nominelle kapital, altså af *fordelingsnøglen* med hensyn til de enkelte andeles størrelse, uden at dette umiddelbart har selskabsretlige retsvirkninger, da de enkelte indehaveres andele alt i alt ikke ændres. Selv om den samlede nominelle værdi af alle andele i et sådant til-

5 — Dom af 15. juli 1982 i sag 270/81, Felicitas Rickmers-Linie KG & Co. mod Finanzamt für Verkehrsteuern in Hamburg, Sml. s. 2771.

fælde udtrykkeligt fastholdes i regnskabet (hvilket for sagsøgtes vedkommende var omtvistet, hvis jeg har forstået det rigtigt), og selv om der med hensyn til ændringen af certifikaterne krævedes en generalforsamlingsbeslutning, er sådanne omstændigheder ikke tilstrækkelige til, at der kan tales om en udvidelse af kapitalen i direktivets forstand. Ved spørgsmålet om beskatning af en sådan disposition kommer snarere direktivets artikel 11 i betragtning; efter den bestemmelse er det udtrykkeligt forbudt at opkræve skatter af nogen som helst art på *udfærdigelse, udstedelse og tilførsel til markedet af værdipapirer*.

17. c) Hertil kan nok føjes, at det formentlig uden videre er tænkeligt, at også formuetilvækster, således som de sker i en akkumulerende investeringsforening, undergives kapitaltilførselsafgift. Det er imidlertid klart, at der i så fald kræves særlige bestemmelser. Da direktivet ikke indeholder sådanne bestemmelser, og der i direktivets artikel 5, som vedrører afgiftens beregning, tydeligvis ikke er tænkt på et sådant tilfælde, bliver man således mere og mere bestyrket i, at direktivet ikke omfatter dispositioner som de i hovedsagen omtvistede.

18. Formuetilvækster i en akkumulerende investeringsforening sker ved en række dispositioner året igennem. Da det næppe kan antages, at hver eneste disposition udløser afgift, skulle der altså have været bestemmelser om, hvilket tidspunkt der i et sådant selskab er afgørende. Direktivet indeholder imidlertid ikke nærmere bestemmelser herom.

19. På den anden side ville det næppe være hensigtsmæssigt alene at lade en ændring af de udstedte certifikaters nominelle værdi være afgørende. De selskaber, der kommer i betragtning med henblik på beskatning, kunne jo blot undlade at foretage en sådan

ændring og således uden videre unddrage sig beskatning. Selskaberne ville også — hvilket sagsøgte har påvist gennem en række eksempler, der var vedlagt som bilag til sagsøgtes skriftlige indlæg — alt efter det tilstræbte kursniveau således kunne påvirke afgiftens størrelse, hvilket næppe uden videre er acceptabelt.

20. d) De argumenter, sagsøgeren i hovedsagen har fremført til støtte for sit synspunkt, ændrer efter min opfattelse ikke noget afgørende herved.

21. Dette er for det første tilfældet med hensyn til sagsøgerens argument om, at direktiv 69/335/EØF — hvilket den allerede nævnte artikel 3, stk. 1, litra b), viser — omfatter alle mulige kapitalselskaber (hvorfor det ikke kan være afgørende, om de forskellige dele af selskabets formue efter gældende regnskabsregler skal udsondres), samt sagsøgerens henvisning til artikel 5, stk. 1, litra c), hvorefter det er kapitaludvidelsens nominelle værdi, der er afgørende.

22. Jeg skal hertil bemærke, at den omstændighed, at direktivet for de berørte selskabers vedkommende har et vidt anvendelsesområde, ikke uden videre fører til, at man for ethvert sådant selskab, uanset dets struktur, også kan forestille sig dispositioner som dem, der er angivet i direktivets artikel 4, stk. 2, litra a), under anvendelse af ganske bestemte kriterier.

23. For så vidt angår artikel 5, stk. 1, litra c), finder jeg det ikke alene principielt fejlet, hvis man af en bestemmelse om *beregningen* af afgiften vil udlede noget afgørende med hensyn til fortolkningen af en bestemmelse, der indeholder nærmere regler om afgiftsgrundlaget. Det forekommer mig desuden klart, at den nævnte bestemmelse

(hvorefter det er udelukket, at der ved en kapitaludvidelse lægges vægt på *kursværdien* af de udstedte papirer) ikke uden videre passer på dispositioner som i denne sag.

24. Noget tilsvarende må også antages vedrørende sagsøgerens henvisning til betragtningerne til direktivet (hvori det blandt andet hedder, at harmoniseringen af afgifterne på kapitaltilførsel må udformes således, at de budgetmæssige følger for medlemsstaterne begrænses til et minimum) og den omstændighed, at kapitaltilførselsafgiften i Danmark (således som det kan udledes af den erklæring, ministeren har afgivet over for Folketinget) blandt andet er trådt i stedet for stempelafgiften (som utvivlsomt omfattede dispositioner som den foreliggende).

25. Helt bortset fra, at der som allerede nævnt skal anlægges en snæver fortolkning, kan den nævnte del af betragtningerne næppe i sig selv berettige til en udvidelse af afgiftsgrundlaget, således som dette er fastsat i direktivet, ikke mindst fordi det også af betragtningerne følger, at tidligere gældende bestemmelser — hvilket navnlig gør sig gældende ved harmoniseringsforanstaltninger — naturligvis ikke kan bibeholdes i hvert enkelt tilfælde.

26. Det forhold, at en ombytning af certifikater som den, den forelæggende retsinstant

skal tage stilling til, antagelig var omfattet af den tidligere gældende lov om stempelafgifter, tilføjer intet afgørende med hensyn til fortolkningen af EF-direktivet, idet dette ikke finder anvendelse på udstedelse af papirer⁶, og der ifølge direktivet — ud fra hensynet til retsenhed og for at fremme kapitalbevægelserne — bør ske en afskaffelse af specielle nationale afgiftsbestemmelser.

27. Endelig kan det efter min opfattelse heller ikke tillægges vægt, at de mål, sagsøgte forfølger, ifølge sagsøgeren også kan forfølges af et aktieselskab, ligesom det også er uden betydning, at der — hvilket den lovgivningsmæssige udvikling synes at vise — er sket en vis tilnærmelse med hensyn til den skattemæssige behandling af selskaber som det sagsøgte og aktie- og anpartsselskaber.

28. Det afgørende er netop, at det sagsøgte selskab ikke er et aktieselskab, men er struktureret helt anderledes (nemlig således, at der ikke i selskabet er forskellige kapitalmasser, der er undergivet forskellige regler). Selv om man i øvrigt i Danmark faktisk kan konstatere den nævnte lovgivningsmæssige udvikling (meget betegnende taltes der jo kun om en skattemæssig *tilnærmelse*), fører dette naturligvis ikke til, at en sådan tilnærmelse eller ligestilling også på fællesskabsniveau må anses for rimelig, ikke mindst med hensyn til kapitaltilførselsafgiften.

C — Forslag til afgørelse

På grundlag af det anførte kan jeg kun foreslå, at de af Højesteret forelagte spørgsmål besvares således:

29. »a) Artiklerne 10 og 11 i Rådets direktiv 69/335/EØF skal fortolkes således, at en medlemsstat ikke kan pålægge kapitalselskaber, jfr. direktivets artikel 3, andre skatter eller afgifter på de i artiklerne 10 og 11 nævnte dispositioner end kapitaltilførselsafgift og de i artikel 12 nævnte afgifter.

30. b) Direktivets artikel 4, stk. 2, litra a), skal fortolkes således, at der kun kan opkræves kapitaltilførselsafgift i tilfælde af en udvidelse af den konkret bogførte selskabskapital ved udtrykkelig tilførsel af de i nævnte bestemmelse angivne værdier, hvorimod den blotte forhøjelse af den nominelle kapital i form af en nominal forhøjelse af certifikatmassen ikke er tilstrækkelig.«