

DOMSTOLENS DOM
17. juli 1997 *

I sag C-28/95,

angående en anmodning, som Gerechtshof, Amsterdam, i medfør af EF-traktatens artikel 177 har indgivet til Domstolen for i den for nævnte ret verserende sag,

A. Leur-Bloem

mod

Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2,

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende artikel 2, litra d), og artikel 11, stk. 1, litra a), i Rådets direktiv 90/434/EØF af 23. juli 1990 om en fælles beskatningsordning ved fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier vedrørende selskaber i forskellige medlemsstater (EFT L 225, s. 1),

har

DOMSTOLEN

sammensat af præsidenten, G.C. Rodríguez Iglesias, afdelingsformændene G.F. Mancini, J.C. Moitinho de Almeida, J.L. Murray og L. Sevón samt dommerne

* Processprog: nederlandsk.

C.N. Kakouris, P.J.G. Kapteyn, C. Gulmann, D.A.O. Edward, J.-P. Puissochet, G. Hirsch, P. Jann (refererende dommer) og H. Ragnemalm,

generaladvokat: F.G. Jacobs
justitssekretær: ekspeditionssekretær H.A. Rühl,

efter at der er indgivet skriftlige indlæg af:

- A. Leur-Bloem ved skatterådgiver J. H. W. Lenior
- Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2
- den nederlandske regering ved kommitteret J. G. Lammers, Udenrigsministeriet, som befuldmægtiget
- den tyske regering ved afdelingschef E. Röder og ekspeditionssekretær B. Kloke, begge Forbundsøkonomiministeriet, som befuldmægtigede
- Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved B. J. Drijber, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtiget,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at der i retsmødet den 4. juni 1996 er afgivet mundtlige indlæg af den nederlandske regering ved konsulent A. Fierstra, Udenrigsministeriet, som befuldmægtiget, og af Kommissionen ved B. J. Drijber,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 17. september 1996,

afsagt følgende

Dom

- 1 Ved kendelse af 26. januar 1995, indgået til Domstolen den 6. februar 1995, har Gerechthshof, Amsterdam, i medfør af EF-traktatens artikel 177 forelagt Domstolen en række præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af artikel 2, litra d), og artikel 11, stk. 1, litra a), i Rådets direktiv 90/434/EØF af 23. juli 1990 om en fælles beskatningsordning ved fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier vedrørende selskaber i forskellige medlemsstater (EFT L 225, s. 1, herefter »direktivet«).
- 2 Spørgsmålene er blevet rejst under en sag mellem A. Leur-Bloem og Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2 (herefter »skattemyndigheden«).
- 3 A. Leur-Bloem, der er eneste selskabsdeltager og direktør i to nederlandske anpartsselskaber, påtænker at erhverve anparterne i et tredje anpartsselskab, et holdingselskab, idet betalingen skulle finde sted ved ombytning med anparterne i de to førstnævnte selskaber. Denne transaktion ville medføre, at A. Leur-Bloem ikke direkte, men indirekte, blev eneste selskabsdeltager i de to andre selskaber.
- 4 A. Leur-Bloem er omfattet af den nederlandske lov af 1964 om indkomstskat (herafter »den nederlandske lov«). Det er i lovens artikel 14 b, stk. 1, bestemt, at kapitalvinding ikke medregnes ved beskatning af den dominerende post i tilfælde af fusion ved ombytning af aktier. Denne mulighed medfører i realiteten, at skatten udskydes.

5 I artikel 14 b, stk. 2, litra a) og b), i den nederlandske lov hedder det:

»2. I følgende tilfælde foreligger der fusion af selskaber:

a) Såfremt et selskab, der har hjemsted i Nederlandene, mod tildeling af selskabets egne aktier eller anpartsbeviser og eventuelt mod betaling af en udligningssum, erhverver en aktiepost i et andet selskab med hjemsted i Nederlandene og herved opnår mere end halvdelen af stemmerne i det andet selskab, med henblik på i finansiell og økonomisk henseende at opnå en varig sammenslutning af virksomheden i dette selskab med virksomheden i et andet selskab, hvorved der dannes en enhed.

b) Såfremt et selskab, der har hjemsted i en af De Europæiske Fællesskabers medlemsstater, mod tildeling af selskabets egne aktier eller anpartsbeviser og eventuelt mod betaling af en udligningssum, erhverver aktier i et andet selskab med hjemsted i en af De Europæiske Fællesskabers medlemsstater og herved opnår mere end halvdelen af stemmerne i det andet selskab, med henblik på i finansiell og økonomisk henseende at opnå en varig sammenslutning af virksomheden i dette selskab med virksomheden i et andet selskab, hvorved der dannes en enhed.«

6 Ved »virksomhed« i den nederlandske lovs forstand forstås navnlig den erhvervs-mæssige virksomhed, som udøves af en juridisk person, mens ordet »selskab« henviser til retssubjektet.

7 A. Leur-Bloem fremsatte over for de nederlandske skattemyndigheder begæring om, at den påtænkte transaktion måtte blive anset for en »fusion ved ombytning af aktier« i den nederlandske lovs forstand, således at en eventuel kapitalvinding i anledning af aktieoverdragelsen dels ikke skulle beskattes, og der dels var mulighed for at modregne eventuelle tab inden for den skattemæssige enhed, der blev dannet ved transaktionen.

- 8 Skattemyndigheden fandt ikke, at der forelå fusion ved ombytning af aktier i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 14 b, stk. 2, litra a), i den nederlandske lov, og afslog begæringen.
- 9 A. Leur-Bloem anlagde herefter sag til prøvelse af denne afgørelse ved Gerechtshof, Amsterdam. Ifølge sagsøgeren bør transaktionen anses for en fusion, for så vidt som den har til formål at tilvejebringe et nærmere samarbejde mellem to selskaber.
- 10 Skattemyndigheden finder derimod, at den påtænkte transaktion ikke har til formål i finansiel og økonomisk henseende varigt at sammenslutte virksomheden i disse to selskaber til en større enhed. En sådan enhed bestod allerede i finansiel og økonomisk henseende, for så vidt som de to selskaber allerede havde samme direktør og kun én deltager.
- 11 Gerechtshof fandt, at sagens afgørelse afhang af en fortolkning af en bestemmelse i den nederlandske lov, der var indføjet i forbindelse med direktivets gennemførelse i national ret.
- 12 I denne forbindelse fastslog den forelæggende ret for det første, at det af direktivets betragtninger fremgår, at det har til formål at sikre, at skatteregler, der medfører forskelsbehandling, bl.a. ved fusion og ombytning af aktier mellem selskaber i forskellige medlemsstater i forhold til fusioner mellem selskaber i samme medlemsstat, bringes til ophør. Retten bemærkede dernæst, at der efter ordlyden af artikel 14 b, stk. 2, litra a) og b), ikke sondres mellem fusioner, som kun vedrører selskaber med hjemsted i Nederlandene, og fusioner mellem selskaber, der har hjemsted i forskellige EF-medlemsstater.

13 Retten har endelig henvist til, at det fremgår af såvel direktivets formål som af bestemmelsen i den nederlandske lov og dennes forarbejder, herunder begrundelsen hertil, at den nederlandske lovgiver har villet sikre, at fusioner mellem henholdsvis selskaber, der udelukkende er hjemmehørende i Nederlandene, og selskaber, der er hjemmehørende i forskellige medlemsstater, behandles på samme måde.

14 Direktivets artikel 2, litra d) og h), er sålydende:

»I dette direktiv forstås ved:

...

d) ombytning af aktier, den transaktion, hvorved et selskab erhverver en andel i et andet selskabs aktiekapital med den virkning, at det opnår flertallet af stemmerne i dette selskab, ved til gengæld for værdipapirer tilhørende selskabsdeltagerne i det andet selskab at tildele dem aktier eller anpartar i det første selskab og eventuelt en kontant udligningssum på højst 10% af den pålydende værdi, eller, når der ikke eksisterer en pålydende værdi, af den bogførte værdi af de værdipapirer, som udleveres til gengæld herfor

...

h) et erhvervende selskab, det selskab, som erhverver en andel ved ombytning af aktier eller anpartar.«

Direktivets afsnit II, der består af artikel 4-8, indeholder bestemmelser om fusioner, spaltninger samt ombytninger af aktier. Det er således i artikel 8 bestemt, at ved ombytning af aktier må selve tildelingen af aktier eller anpartar i det erhver-

vende selskab til en selskabsdeltager i det erhvervede selskab til gengæld for aktier eller anparter i sidstnævnte ikke medføre nogen beskatning af denne selskabsdeltagers indtægt eller kapitalvinding.

Direktivets artikel 11, stk. 1, litra a), bestemmer følgende:

»1. En medlemsstat kan afslå helt eller delvis at anvende bestemmelserne i afsnit II, III og IV eller inddrage adgangen til at anvende dem, såfremt en fusion, en spaltning, en tilførsel af aktiver eller en ombytning af aktier

a) som hovedformål eller som et af hovedformålene har skattesvig eller skatteunddragelse; såfremt en af de i artikel 1 omhandlede transaktioner ikke foretages ud fra forsvarlige økonomiske betragtninger, såsom omstrukturering eller rationalisering af aktiviteterne i de selskaber, der deltager i transaktionen, kan dette skabe formodning om, at hovedformålet eller et af hovedformålene med transaktionen er skattesvig eller skatteunddragelse.«

15 Da *Gerechthof*, Amsterdam, fandt, at en fortolkning af disse bestemmelser i direktivet var nødvendig for tvistens afgørelse, besluttede den at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Kan Domstolen forelægges spørgsmål vedrørende fortolkningen af bestemmelserne i og rækkevidden af et direktiv, udstedt af Rådet for De Europæiske Fællesskaber, også når direktivet ikke umiddelbart finder anvendelse i den konkrete foreliggende situation, men den konkrete situation efter den nationale lovgivers hensigt skal behandles på samme måde som en situation, direktivet finder anvendelse på?

Såfremt spørgsmålet besvares bekræftende, spørges:

- 2) a) Foreligger der en ombytning af aktier i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 2, litra d), i Rådets direktiv 90/434/EØF af 23. juli 1990 (herefter 'direktivet'), når det erhvervende selskab, jf. artikel 2, litra h), ikke selv driver en virksomhed?

- b) Er det til hinder for at antage, at der foreligger ombytning af aktier eller anparter i den anførte betydning, at den samme fysiske person, som før ombytningen var eneste selskabsdeltager og direktør i det erhvervede selskab, efter ombytningen er direktør og eneste selskabsdeltager i det erhvervende selskab?

- c) Foreligger der alene en ombytning af aktier i den anførte betydning, når formålet hermed er i finansiel og økonomisk henseende varigt at sammenlutte virksomheden i det erhvervende selskab med virksomheden i et andet selskab, hvorved der dannes en enhed?

- d) Foreligger der alene ombytning af aktier eller anparter i den anførte betydning, når formålet hermed er i finansiel og økonomisk henseende varigt at sammenslutte virksomheden i to eller flere erhvervede selskaber, hvorved der dannes en enhed?

- e) Er en ombytning af aktier eller anparter, som finder sted for at opnå en horisontal skattemæssig tabsudligning mellem de deltagende selskaber i samme skattemæssige enhed, jf. artikel 15 i Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (nederlandsk lov fra 1969 om selskabsskat), en forsvarlig økonomisk betragtning som omhandlet i direktivets artikel 11?«

Det første spørgsmål

- 16 Med det første spørgsmål spørger den forelæggende ret reelt, om Domstolen i henhold til traktatens artikel 177 har kompetence til at fortolke fællesskabsretten, når denne ikke umiddelbart regulerer det forhold, sagen angår, men hvor den nationale lovgiver ved gennemførelsen af direktivbestemmelser i national ret har fastsat, at rent interne forhold skal behandles på samme måde som forhold, der er omfattet af direktivet, dvs. at den nationale lovgivning er tilpasset fællesskabsretten.
- 17 A. Leur-Bloem finder, at Domstolen i betragtning af direktivets formål og princippet om ligebehandling er kompetent. Såfremt fusioner på nationalt plan og fusioner på fællesskabsplan ikke behandles på samme måde, fører det til konkurrencefordrejninger mellem selskabskoncerner, som har samme struktur, men hvoraf kun én har fællesskabskarakter.
- 18 Kommissionen samt den nederlandske og den tyske regering finder, at Domstolen ikke har kompetence til at besvare spørgsmål, der falder uden for direktivets anvendelsesområde. Dette er tilfældet i den foreliggende sag, for så vidt som det af direktivets artikel 1 fremgår, at det finder anvendelse på fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier vedrørende selskaber i forskellige medlemsstater.
- 19 Kommissionen og den nederlandske regering har i øvrigt henvist til dom af 28. marts 1995 (sag C-346/93, Kleinwort Benson, Sml. I, s. 615), der angik konventionen af 27. september 1968 om retternes kompetence og om fuldbyrdelse af retsafgørelser i borgerlige sager, herunder handelssager (EFT 1978 L 304, s. 77), hvori Domstolen erklærede sig inkompetent. I denne forbindelse gøres det gældende, at i betragtning af den lighed, der er mellem procedurerne, er der ikke grund til at sondre mellem spørgsmål, der forelægges i relation til konventionen, og spørgsmål, der forelægges i henhold til traktatens artikel 177.

- 20 Kommissionen finder, at Domstolen i overensstemmelse med denne dom kun er kompetent, såfremt de nationale bestemmelser umiddelbart og ubetinget henviser til fællesskabsretten. Dette er ikke tilfældet i hovedsagen.
- 21 Den nederlandske regering har understreget, at den afgørelse, Domstolen måtte træffe, ikke er bindende for de nationale retter i Kleinwort Benson-dommens forstand, idet den fortolkning, den forelæggende ret har anmodet om, alene skal gøre det muligt for den at anvende national ret. Den nederlandske regering har ligeledes præciseret, at den henvisning til fællesskabsretten, som findes i den nederlandske lovs begrundelse, ikke er bindende, men blot er et element til fortolkning af loven.
- 22 Den tyske regering har anført, at i lighed med, hvad Domstolen fastslog i Gmurzynska-Bscher-dommen af 8. november 1990 (sag C-231/89, Sml. I, s. 4003), skal Domstolen ikke træffe præjudiciel afgørelse, når det, som i hovedsagen, er åbenbart, at den fællesskabsretlige bestemmelse, som er forelagt Domstolen til fortolkning, ikke finder anvendelse.
- 23 Domstolen har i medfør af traktatens artikel 177 kompetence til at afgøre præjudicielle spørgsmål om fortolkningen af traktaten og om fortolkningen af retsakter udstedt af Fællesskabets institutioner.
- 24 Det fremgår således af fast retspraksis, at den i traktatens artikel 177 foreskrevne procedure er et instrument i samarbejdet mellem Domstolen og de nationale retter. Heraf følger, at det alene tilkommer de nationale retter, som behandler tvisten, og som har ansvaret for den retslige afgørelse, der skal træffes, at vurdere — under hensyn til hver enkelt sags særegenheder — både nødvendigheden af en præjudiciel afgørelse for at kunne afsige dom og relevansen af de spørgsmål, som de forelægger Domstolen (jf. bl.a. dom af 18.10.1990, forenede sager C-297/88 og C-197/89, Dzodzi, Sml. I, s. 3763, præmis 33 og 34, og Gmurzynska-Bscher-dommen, præmis 18 og 19).

- 25 Når de af de nationale retter forelagte spørgsmål vedrører fortolkningen af en bestemmelse i fællesskabsretten, er Domstolen derfor i princippet forpligtet til at træffe afgørelse herom (jf. Dzodzi-dommen, præmis 35, og Gmurzynska-Bscher-dommen, præmis 23). Det fremgår således hverken af ordlyden af artikel 177 eller af formålet med den ved denne artikel indførte procedure, at traktatens ophavsmænd har villet frakende Domstolen kompetence med hensyn til de anmodninger om præjudiciel afgørelse, der angår en fællesskabsretlig bestemmelse i det særlige tilfælde, hvor en medlemsstats lovgivning henviser til indholdet af denne bestemmelse for at fastlægge de bestemmelser, der finder anvendelse på en rent intern situation i denne stat (jf. Dzodzi-dommen, præmis 36, og Gmurzynska-Bscher-dommen, præmis 25).
- 26 En anmodning fra en national ret ville derfor kun kunne afvises, såfremt det er klart, at proceduren efter artikel 177 er blevet anvendt i strid med sit formål og i virkeligheden tilsigter at foranledige Domstolen til at træffe afgørelse om en konstrueret tvist, eller såfremt det er åbenlyst, at fællesskabsretten ikke finder anvendelse i den foreliggende sag, hverken direkte eller indirekte (jf. i denne retning Dzodzi-dommen, præmis 40, og Gmurzynska-Bscher-dommen, præmis 23).
- 27 I overensstemmelse med denne praksis har Domstolen i en række afgørelser fastslået, at den er kompetent til at træffe afgørelse om præjudicielle spørgsmål, der vedrører fællesskabsretlige bestemmelser i tilfælde, hvor de faktiske omstændigheder i hovedsagen ligger uden for fællesskabsrettens anvendelsesområde, men hvor det enten følger af national ret eller af kontraktbestemmelser, at fællesskabsretten skal finde anvendelse (jf. om fællesskabsrettens anvendelse i henhold til national ret Dzodzi-dommen og Gmurzynska-dommen; dom af 26.9.1985, sag 166/84, Thomasdünger, Sml. s. 3001, og af 24.1.1991, sag C-384/89, Tomatis og Fulchiron, Sml. I, s. 127; jf. om anvendelse af fællesskabsretten i henhold til kontraktbestemmelser dom af 25.6.1992, sag C-88/91, Federconsorzi, Sml. I, s. 4035, og af 12.11.1992, sag C-73/89, Fournier, Sml. I, s. 5621, herefter »Domstolens Dzodzi-praksis«). I ovennævnte sager var der hverken ved de nationale bestemmelser eller kontraktbestemmelser, der gengav de fællesskabsretlige bestemmelser, sket en begrænsning af disses anvendelse.

- 28 I Kleinwort Benson-dommen erklærede Domstolen sig derimod inkompetent til at påkende en præjudiciel anmodning vedrørende konventionen.
- 29 I denne dom understregede Domstolen i præmis 19, at det — til forskel fra Domstolens Dzodzi-praksis — ikke i den pågældende kontraherende stats ret var blevet bestemt, at de konventionsbestemmelser, der var forelagt Domstolen til fortolkning, skulle gælde som sådanne. Domstolen bemærkede således i dommens præmis 16, at den pågældende nationale lovgivning blot anvendte konventionen som forbillede og kun til dels gengav konventionens bestemmelser. Domstolen fastslog endvidere i præmis 18, at den omhandlede nationale lov udtrykkeligt gav myndighederne i den pågældende kontraherende stat hjemmel til at vedtage ændringer, der er beregnet på at »fremkalde divergenser« mellem lovens bestemmelser og de tilsvarende bestemmelser i konventionen. Efter loven sondredes der tillige udtrykkeligt mellem bestemmelser, der fandt anvendelse på henholdsvis fællesskabsretlige forhold og nationale forhold. I det første tilfælde var de nationale retter ved deres fortolkning af de relevante bestemmelser i loven bundet af Domstolens praksis vedrørende konventionen, mens de i det andet tilfælde blot kunne, men ikke skulle tage hensyn hertil.
- 30 Dette er imidlertid ikke tilfældet i den foreliggende sag.
- 31 Den nationale ret har henvist til, at en fortolkning af begrebet »fusion ved ombytning af aktier« i dets fællesskabsretlige betydning er nødvendig for, at retten kan afgøre den tvist, der er indbragt for den, at begrebet findes i direktivet, at det er gentaget i den nationale lov, hvorved direktivet gennemføres, samt at det er blevet bestemt, at det ligeledes skal finde anvendelse på rent interne forhold.
- 32 Såfremt den i national ret valgte regulering af rent interne forhold er tilpasset fællesskabsretten, bl.a. for at undgå forskelsbehandling af statens egne statsborgere, eller, som i hovedsagen, for at undgå konkurrencefordrejninger, er det afgjort i Fællesskabets interesse, at bestemmelser eller begreber, der er hentet fra fællesskabsretten, fortolkes ensartet, uanset de vilkår, hvorunder de skal anvendes,

således at senere fortolkningsuoverensstemmelser undgås (jf. i denne retning Dzodzi-dommen, præmis 37).

- 33 Det bemærkes imidlertid, at det i et sådant tilfælde, under hensyn til kompetencefordelingen mellem de nationale retter og Domstolen i henhold til artikel 177, alene tilkommer den nationale retsinstans at vurdere de nøjagtige retsvirkninger af denne henvisning til fællesskabsretten, da Domstolens kompetence er begrænset til en undersøgelse af de fællesskabsretlige bestemmelser alene (Dzodzi-dommen, præmis 41 og 42; Federconsorzi-dommen, præmis 10). Spørgsmålet om de begrænsninger, som den nationale lovgiver måtte have opstillet med hensyn til anvendelsen af fællesskabsretten på rent nationale forhold, henhører under national ret og dermed under medlemsstatens retsinstansers eksklusive kompetence (Dzodzi-dommen, præmis 42, og Fournier-dommen, præmis 23).
- 34 Heraf følger, at det første spørgsmål må besvares med, at Domstolen i medfør af traktatens artikel 177 har kompetence til at fortolke fællesskabsretten, hvor denne ikke umiddelbart regulerer det forhold, sagen angår, men hvor den nationale lovgiver ved gennemførelsen af direktivets bestemmelser i national ret har fastsat, at rent interne forhold skal behandles på samme måde som forhold, der er omfattet af direktivet, dvs. at den nationale lovgivning er tilpasset fællesskabsretten.

Det andet spørgsmål

Andet spørgsmål, punkt a)-d)

- 35 Punkt a)-d) i den forelæggende rets andet spørgsmål angår bestemmelsen i direktivets artikel 2, litra d), der indeholder definitionen af begrebet fusion ved ombytning af aktier. Det fremgår imidlertid af spørgsmålets formulering, at det i det

væsentlige angår betingelsen om i finansiel og økonomisk henseende at opnå en varig sammenslutning af de to selskabers virksomhed, hvorved der dannes en enhed. Den fremgår ikke af direktivets artikel 2, litra a), men blev tilføjet til direktivets definition af den nederlandske lovgiver i forbindelse med gennemførelsen. Det fremgår af oplysningerne i hovedsagen, at denne betingelse blev indsat for, således som det kan ske i henhold til direktivets artikel 11, at udelukke opnåelse af de i direktivet fastsatte skattemæssige fordele, såfremt transaktionerne har skatte-svig eller skatteunddragelse som hovedformål. Spørgsmål 2, punkt a)-d), skal derfor ikke blot undersøges i relation til direktivets artikel 2, litra d), men ligeledes under hensyn til dets artikel 11, hvorefter medlemsstaterne er tillagt en forbeholdt kompetence, navnlig i sådanne tilfælde.

36 Det bemærkes for det første, at det fremgår af artikel 2, litra d), samt af direktivets almindelige opbygning, at den fælles beskatningsordning, som er indført ved direktivet, og som omfatter en række skattemæssige fordele, finder anvendelse uden forskel på samtlige transaktioner vedrørende fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier, uanset om begrundelsen for transaktionen måtte være finansiel, økonomisk eller rent skattemæssig.

37 Den omstændighed, at det erhvervende selskab, jf. direktivets artikel 2, litra h), ikke selv driver virksomhed, eller at en og samme fysiske person, der var eneaktionær og direktør i de erhvervede selskaber, bliver eneaktionær og direktør i det erhvervende selskab, er derfor ikke til hinder for, at transaktionen kvalificeres som en ombytning af aktier som omhandlet i direktivets artikel 2, litra d). Tilsvarende er det ikke en nødvendig forudsætning for, at transaktionen kan henføres under begrebet ombytning af aktier i bestemmelsens forstand, at sammenslutningen af de to selskabers virksomhed i finansiel og økonomisk henseende er varig.

38 Det bemærkes for det andet, at medlemsstaterne i medfør af artikel 11, stk. 1, litra a), helt eller delvis kan afslå at anvende direktivets bestemmelser, herunder de skattefordele, som hovedsagen angår, eller at inddrage adgangen til at anvende dem, bl.a. såfremt en fusion, en spaltning, en tilførsel af aktiver eller en ombytning af aktier som hovedformål eller som et af hovedformålene har skattesvig eller skatteunddragelse.

- 39 Det er i artikel 11, stk. 1, litra a), præciseret, at som led i den forbeholdte kompetence kan medlemsstaten fastsætte bestemmelser om, at der er formodning for skattesvig eller skatteunddragelse, »såfremt en af de ... omhandlede transaktioner ikke foretages ud fra forsvarlige økonomiske betragtninger, såsom omstrukturering eller rationalisering af aktiviteterne i de selskaber, der deltager i transaktionen«.
- 40 Det følger således af artikel 2, litra d) og h), samt af artikel 11, stk. 1, litra a), at medlemsstaterne skal indrømme de i direktivet fastsatte skattefordele for de transaktioner med ombytning af aktier, der omhandles i artikel 2, litra d), medmindre transaktionerne som hovedformål eller et af hovedformålene har skattesvig eller skatteunddragelse. I så fald kan medlemsstaterne vedtage, at den omstændighed, at transaktionerne ikke er foretaget ud fra forsvarlige økonomiske betragtninger, skaber en formodning for skattesvig eller skatteunddragelse.
- 41 Ved afgørelsen af, om en påtænkt transaktion har et sådant formål, kan de kompetente nationale myndigheder ikke blot anvende forudfastsatte, generelle kriterier, men skal foretage en samlet undersøgelse af den konkrete transaktion. Det fremgår af fast retspraksis, at en sådan undersøgelse skal kunne undergives en retslig prøvelse (jf. i denne retning dom af 31.3.1993, sag C-19/92, Kraus, Sml. I, s. 1663, præmis 40).
- 42 Undersøgelsen kan eventuelt omfatte de omstændigheder, den forelæggende ret har nævnt i sit andet spørgsmål, punkt a)-d). Ingen af disse omstændigheder kan imidlertid i sig selv anses for afgørende. En fusion eller en omstrukturering ved ombytning af aktier, hvori der deltager et nyoprettet holdingselskab, der derfor ikke har nogen virksomhed, kan således anses for foretaget ud fra forsvarlige økonomiske betragtninger. På lignende måde kan sådanne hensyn nødvendiggøre en retlig omstrukturering af selskaber, der allerede i økonomisk og finansiel henseende udgør en enhed. Det er heller ikke udelukket, at en fusion ved ombytning af aktier med henblik på for en begrænset periode og ikke varigt at skabe en bestemt struktur, kan være foretaget ud fra forsvarlige økonomiske betragtninger, men det kan være et indicium for, at der foreligger skattesvig eller skatteunddragelse.
- 43 Da fællesskabsretten ikke indeholder præcise bestemmelser om, hvornår den i artikel 11, stk. 1, litra a), nævnte formodning er skabt, tilkommer det medlems-

staterne, under hensyn til proportionalitetsprincippet, at fastsætte de nærmere regler for gennemførelsen af denne bestemmelse.

- 44 En generel regel, hvorefter visse former for transaktioner automatisk er afskåret fra at opnå skattefordele, og som er baseret på de i det andet spørgsmål, punkt a)-d), nævnte kriterier, går — uanset om der faktisk foreligger skattesvig eller skatteunddragelse — ud over, hvad der er nødvendigt for at undgå en sådan form for skattesvig eller skatteunddragelse, og vil være i strid med direktivets formål. Dette er ligeledes tilfældet, såfremt en sådan regel alene hjemlede mulighed for, at forvaltningsmyndigheden efter eget skøn kunne meddele dispensation.
- 45 En sådan fortolkning er i overensstemmelse med formålene med såvel direktivet som med artikel 11. Det fremgår således af direktivets første betragtning, at dets formål er, at der indføres konkurrencemæssigt neutrale skatteregler, således at virksomhederne kan tilpasse sig vilkårene i det fælles marked, øge deres produktivitet og styrke deres konkurrencemæssige stilling internationalt. Af samme betragtning fremgår det endvidere, at transaktioner som fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier vedrørende selskaber i forskellige medlemsstater ikke må hindres af særlige begrænsninger, ulemper eller fordrejninger som følge af medlemsstaternes skatteregler. Kun såfremt formålet med den påtænkte transaktion er skattesvig eller skatteunddragelse, kan medlemsstaterne ifølge artikel 11 og direktivets sidste betragtning afslå at anvende direktivet.

Spørgsmål 2, punkt e)

- 46 Med spørgsmål 2, punkt e), ønsker den nationale ret oplyst, om en horisontal skattemæssig tabsudligning mellem selskaber, der deltager i transaktionen, er en forsvarelig økonomisk betragtning som omhandlet i direktivets artikel 11.
- 47 Det fremgår af ordlyden af og formålet med artikel 11 og direktivet, at begrebet 'forsvarlig økonomiske betragtninger' er mere vidtgående end hensigten om blot

at opnå en rent skattemæssig fordel. En fusion ved ombytning af aktier, der kun skal tjene et sådant formål, kan derfor ikke anses for en økonomisk forsvarlig betragtning, jf. artikel 11.

48 Det andet spørgsmål skal følgelig besvares således:

- a) Efter direktivets artikel 2, litra d), kræves det hverken, at det erhvervende selskab, jf. direktivets artikel 2, litra h), selv driver virksomhed, eller at sammenlutningen af de to selskabers virksomhed i finansiel og økonomisk henseende skal være varig. Den omstændighed, at en og samme fysiske person, der var eneaktionær og direktør i de erhvervede selskaber, bliver eneaktionær og direktør i det erhvervende selskab, er heller ikke hinder for, at transaktionen kan kvalificeres som en fusion ved ombytning af aktier.

- b) Direktivets artikel 11 skal fortolkes således, at ved afgørelsen af, om den påtænkte transaktion som hovedformål eller et af hovedformålene har skattesvig eller skatteunddragelse, skal de kompetente nationale myndigheder foretage en samlet undersøgelse af den konkrete transaktion. Undersøgelsen skal kunne undergives en retslig prøvelse. I overensstemmelse med direktivets artikel 11, stk. 1, litra a), kan medlemsstaterne fastsætte bestemmelser om, at den omstændighed, at den påtænkte transaktion ikke foretages ud fra forsvarlige økonomiske betragtninger, skaber en formodning om skattesvig eller skatteunddragelse. Det tilkommer medlemsstaterne at fastsætte de nødvendige interne procedurer herfor under hensyn til proportionalitetsprincippet. En generel regel, hvorefter visse former for transaktioner automatisk er afskåret fra at opnå skattefordele, og som er baseret på de kriterier, der er nævnt i besvarelsen af det andet spørgsmål, punkt a), går — uanset om der faktisk foreligger skattesvig eller skatteunddragelse — ud over, hvad der er nødvendigt for at undgå en sådan form for skattesvig eller skatteunddragelse, og vil være i strid med direktivets formål.

- c) Begrebet økonomisk forsvarlige betragtninger i direktivets artikel 11 skal fortolkes således, at det er mere vidtgående end hensigten om blot at opnå en rent skattemæssig fordel, f.eks. i form af en horisontal tabsudligning.

Sagens omkostninger

- 49 De udgifter, der er afholdt af den nederlandske og den tyske regering samt af Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, som har afgivet indlæg for Domstolen, kan ikke erstattes. Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den nationale ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

kender

DOMSTOLEN

vedrørende de spørgsmål, der er forelagt af Gerechtshof, Amsterdam, ved kendelse af 26. januar 1995, for ret:

- 1) Domstolen har i medfør af EF-traktatens artikel 177 kompetence til at fortolke fællesskabsretten, hvor denne ikke umiddelbart regulerer det forhold, sagen angår, men hvor den nationale lovgiver ved gennemførelsen af direktivets bestemmelser i national ret har fastsat, at rent interne forhold skal behandles på samme måde som forhold, der er omfattet af direktivet, dvs. at den nationale lovgivning er tilpasset fællesskabsretten.
- 2) a) Efter artikel 2, litra d), i Rådets direktiv 90/434/EØF af 23. juli 1990 om en fælles beskatningsordning ved fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier vedrørende selskaber i forskellige medlemsstater kræves det hverken, at det erhvervende selskab, jf. artikel 2, litra h), selv driver virksomhed, eller at sammenslutningen af de to selskabers virksomhed i finansiel og økonomisk henseende skal være varig. Den omstændighed, at en og samme fysiske person, der var eneaktionær og direktør i de erhvervede selskaber, bliver eneaktionær og direktør i det erhvervende

selskab, er heller ikke hinder for, at transaktionen kan kvalificeres som en fusion ved ombytning af aktier.

- b) Artikel 11 i direktiv 90/434 skal fortolkes således, at ved afgørelsen af, om den påtænkte transaktion som hovedformål eller et af hovedformålene har skattesvig eller skatteunddragelse, skal de kompetente nationale myndigheder foretage en samlet undersøgelse af den konkrete transaktion. Undersøgelsen skal kunne undergives en retslig prøvelse. I overensstemmelse med artikel 11, stk. 1, litra a), i direktiv 90/434 kan medlemsstaterne fastsætte bestemmelser om, at den omstændighed, at den påtænkte transaktion ikke foretages ud fra forsvarlige økonomiske betragtninger, skaber en formodning om skattesvig eller skatteunddragelse. Det tilkommer medlemsstaterne at fastsætte de nødvendige interne procedurer herfor under hensyn til proportionalitetsprincippet. En generel regel, hvorefter visse former for transaktioner automatisk er afskåret fra at opnå skattefordele, og som er baseret på de kriterier, der er nævnt i besvarelsen af det andet spørgsmål, punkt a), går — uanset om der faktisk foreligger skattesvig eller skatteunddragelse — ud over, hvad der er nødvendigt for at undgå en sådan form for skattesvig eller skatteunddragelse, og vil være i strid med formålet med direktiv 90/434.
- c) Begrebet økonomisk forsvarlige betragtninger i artikel 11 i direktiv 90/434 skal fortolkes således, at det er mere vidtgående end hensigten om blot at opnå en rent skattemæssig fordel, f.eks. i form af en horisontal tabsudligning.

Rodríguez Iglesias	Mancini	Moitinho de Almeida	Murray
Sevón	Kakouris	Kapteyn	
Gulmann	Edward	Puissochet	
Hirsch	Jann	Ragnemalm	

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 17. juli 1997.

R. Grass

G.C. Rodríguez Iglesias

Justitssekretær

Præsident