

## 61995J0028

Domstolens Dom af 17. juli 1997. - A. Leur-Bloem mod Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2. - Anmodning om præjudiciel afgørelse: Gerechtshof Amsterdam - Nederlandene. - Artikel 177 - Domstolens kompetence - Nationale lovbestemmelser, der gengiver fællesskabsretlige bestemmelser - Gennemførelse - Direktiv 90/434/EØF - Begrebet fusion ved ombytning af aktier - Skattemæssig omgåelse eller skatteunddragelse. - Sag C-28/95.

*Samling af Afgørelser 1997 side I-04161*

Sammendrag

Parter

Dommens præmisser

Afgørelse om sagsomkostninger

Afgørelse

## Nøgleord

*1 Præjudicielle spoergsmaal - Domstolens kompetence - graenser - anmodning om fortolkning af direktivbestemmelser, som er gennemfoert i national ret, og som finder anvendelse paa rent interne forhold som foelge af en sidestilling af interne forhold med forhold omfattet af faellesskabsretten - kompetence til at foretage denne fortolkning - vurdering af den praecise raekevidde af henvisningen i national ret til faellesskabsretten - den nationale rets enekompetence*

*(EOEF-traktaten, art. 177)*

*2 Tilnaermelse af lovgivningerne - faelles beskatningsordning ved fusion, spaltning, tilfoersel af aktiver og ombytning af aktier vedroerende selskaber i forskellige medlemsstater - direktiv 90/434 - fusion ved ombytning af aktier - begreb - hensyntagen til fusionstransaktionens finansielle, oekonomiske eller skattemaessige begrundelse - ikke omfattet*

*[Raadets direktiv 90/434, art. 2, litra d) og h)]*

*3 Tilnaermelse af lovgivningerne - faelles beskatningsordning ved fusion, spaltning, tilfoersel af aktiver og ombytning af aktier vedroerende selskaber i forskellige medlemsstater - direktiv 90/434 - transaktioner, hvis formaal er skattesvig eller skatteunddragelse - retslig proevelse af de nationale myndigheders undersoegelse - nationale myndigheders adgang til at opstille en formodning om skattesvig eller skatteunddragelse - betingelser og graenser*

[Raadets direktiv 90/434, art. 11, stk. 1, litra a)]

4 Tilnaermelse af lovgivningerne - fælles beskatningsordning ved fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier vedroerende selskaber i forskellige medlemsstater - direktiv 90/434 - transaktioner, hvis formaal er skattesvig eller skatteunddragelse - eventuel formodning om skattesvig eller skatteunddragelse, saafremt transaktionerne ikke er foretaget ud fra forsvarlige oekonomiske betragtninger - begrebet oekonomisk forsvarlige betragtninger - horisontal tabsudligning mellem de deltagende selskaber - ikke omfattet

(Raadets direktiv 90/434, art. 11)

## Sammendrag

5 Domstolen har i medfør af traktatens artikel 177 kompetence til at fortolke fællesskabsretten, hvor denne ikke umiddelbart regulerer det forhold, sagen angaar, men hvor den nationale lovgiver ved gennemførelsen af direktivets bestemmelser i national ret har fastsat, at rent interne forhold skal behandles paa samme maade som forhold, der er omfattet af direktivet, dvs. at den nationale lovgivning er tilpasset fællesskabsretten.

Saafremt den i national ret valgte regulering af rent interne forhold er tilpasset fællesskabsretten, bl.a. for at undgaa forskelsbehandling af statens egne statsborgere, eller for at undgaa konkurrencefordrejninger, er det afgjort i Fællesskabets interesse, at bestemmelser eller begreber, der er hentet fra fællesskabsretten, fortolkes ensartet, uanset de vilkaar, hvorunder de skal anvendes, saaledes at senere fortolkningsuoverensstemmelser undgaas.

Under hensyn til kompetencefordelingen mellem de nationale retter og Domstolen i henhold til artikel 177 tilkommer det i et saadant tilfaelde alene den nationale retsinstans at vurdere de noejagtige retsvirkninger af denne henvisning til fællesskabsretten, da Domstolens kompetence er begraenset til en undersoegelse af de fællesskabsretlige bestemmelser alene. Spoergsmaalet, om de begraensninger, som den nationale lovgiver maatte have opstillet med hensyn til anvendelsen af fællesskabsretten paa rent nationale forhold, henhoerer under national ret og dermed under medlemsstatens retsinstansers eksklusive kompetence.

6 Direktiv 90/434 om en fælles beskatningsordning ved fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier vedroerende selskaber i forskellige medlemsstater skal fortolkes saaledes, at den fælles beskatningsordning, der herved er indfoert, og som omfatter en raekke skattemaessige fordele, finder anvendelse uden forskel paa samtlige transaktioner vedroerende fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier, uanset om begrundelsen for transaktionen maatte vaere finansiel, oekonomisk eller rent skattemaessig.

Det foelger heraf, at det efter direktivets artikel 2, litra d), hvori begrebet fusion ved ombytning af aktier er defineret, hverken kraeves, at det erhvervende selskab, jf. artikel 2, litra h), selv driver virksomhed, eller at sammenslutningen af de to selskabers virksomhed i finansiel og oekonomisk henseende skal vaere varig. Den omstaendighed, at én og samme fysiske person, der var eneaktionær og direktoer i de erhvervede selskaber, bliver eneaktionær og direktoer i det erhvervende selskab, er heller ikke hinder for, at transaktionen kan kvalificeres som en fusion ved ombytning af aktier.

7 Artikel 11 i direktiv 90/434 skal fortolkes saaledes, 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 kriterier om, at det erhvervende selskab selv driver virksomhed, at sammenslutningen af de to selskabers virksomhed i finansiell og økonomisk henseende skal være varig, eller at én og samme fysiske person, der var eneaktionær og direktør i de erhvervede selskaber, bliver eneaktionær og direktør i det erhvervende selskab, 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, der netop er, at der indføres konkurrencemaessigt neutrale skatteregler, og at de påtænkte transaktioner ikke hindres af begrænsninger, ulemper eller fordrejninger som følge af medlemsstaternes skatteregler.

8 Begrebet økonomisk forsvarlige betragtninger i artikel 11 i direktiv 90/434 skal fortolkes saaledes, at det er mere vidtgående end hensigten om blot at opnå en rent skattemæssig fordel, f.eks. i form af en i skattemæssig henseende horisontal tabsudligning.

## Parter

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 Raadets direktiv 90/434/EOEF 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 praesidenten, G.C. Rodríguez Iglesias, afdelingsformaendene G.F. Mancini, J.C. Moitinho de Almeida, J.L. Murray og L. Sevón samt dommerne 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

justitssekretaer: ekspeditionssekretaer H.A. Ruehl,

efter at der er indgivet skriftlige indlaeg af:

- A. Leur-Bloem ved skatteraadgiver J.H.W. Lenior

- Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2

- den nederlandske regering ved kommitteret J.G. Lammers, Udenrigsministeriet, som befuldmaegtiget

- den tyske regering ved afdelingschef E. Roeder og ekspeditionssekretaer B. Kloke, begge Forbundsoekonomiministeriet, som befuldmaegtigede

- Kommissionen for De Europaeiske Faellesskaber ved B.J. Drijber, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmaegtiget,

paa grundlag af retsmoederapporten,

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

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

afsagt foelgende

Dom

## **Dommens præmisser**

1 Ved kendelse af 26. januar 1995, indgaaet til Domstolen den 6. februar 1995, har Gerechtshof, Amsterdam, i medfoer af EF-traktatens artikel 177 forelagt Domstolen en række praejudicielle spoergsmaal vedroerende fortolkningen af artikel 2, litra d), og artikel 11, stk. 1, litra a), i Raadets direktiv 90/434/EOEF af 23. juli 1990 om en faelles beskatningsordning ved fusion, spaltning, tilfoersel af aktiver og ombytning af aktier vedroerende selskaber i forskellige medlemsstater (EFT L 225, s. 1, herefter »direktivet«).

2 Spoergsmaalene 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 direktoer i to nederlandske anpartsselskaber, paataenker at erhverve anparterne i et tredje anpartsselskab, et holdingselskab, idet betalingen skulle finde sted ved ombytning med anparterne i de to foerstnaevnte selskaber. Denne transaktion ville medfoere, 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 (herefter »den nederlandske lov«). Det er i lovens artikel 14 b, stk. 1, bestemt, at kapitalvinding ikke medregnes ved beskatning af den dominerende post i tilfaelde af fusion ved ombytning af aktier. Denne mulighed medfoerer i realiteten, at skatten udskydes.

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

»2. I foelgende tilfaelde foreligger der fusion af selskaber:

a) Saafremt 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 opnaar mere end halvdelen af stemmerne i det andet selskab, med henblik paa i finansiel og oekonomisk henseende at opnaa en varig sammenslutning af virksomheden i dette selskab med virksomheden i et andet selskab, hvorved der dannes en enhed.

b) Saafremt et selskab, der har hjemsted i en af De Europaeiske Faellesskabers 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 Europaeiske Faellesskabers medlemsstater og herved opnaar mere end halvdelen af stemmerne i det andet selskab, med henblik paa i finansiel og oekonomisk henseende at opnaa 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 forstaas navnlig den erhvervsmaessige virksomhed, som udoeves af en juridisk person, mens ordet »selskab« henviser til retssubjektet.

7 A. Leur-Bloem fremsatte over for de nederlandske skattemyndigheder begaering om, at den paataenkte transaktion maatte blive anset for en »fusion ved ombytning af aktier« i den nederlandske lovs forstand, saaledes 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 skattemaessige enhed, der blev dannet ved transaktionen.

8 Skattemyndigheden fandt ikke, at der forelaa 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 begaeringen.

9 A. Leur-Bloem anlagde herefter sag til proeveelse af denne afgoerelse ved Gerechtshof, Amsterdam. Ifoelge sagsoegeren boer transaktionen anses for en fusion, for saa vidt som den har til formaal at tilvejebringe et naermere samarbejde mellem to selskaber.

10 Skattemyndigheden finder derimod, at den paataenkte transaktion ikke har til formaal i finansiel og oekonomisk henseende varigt at sammenslutte virksomheden i disse to selskaber til en stoerre enhed. En saadan enhed bestod allerede i finansiel og oekonomisk henseende, for saa vidt som de to selskaber allerede havde samme direktoer og kun én deltager.

11 Gerechtshof fandt, at sagens afgoerelse afhang af en fortolkning af en bestemmelse i den nederlandske lov, der var indfoejet i forbindelse med direktivets gennemfoerelse i national ret.

12 I denne forbindelse fastslog den forelaeggende ret for det første, at det af direktivets betragtninger fremgaar, at det har til formaal 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 fremgaar af saavel direktivets formaal 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 paa samme maade.

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

»I dette direktiv forstaas ved:

...

d) ombytning af aktier, den transaktion, hvorved et selskab erhverver en andel i et andet selskabs aktiekapital med den virkning, at det opnaar flertallet af stemmerne i dette selskab, ved til gengæld for værdipapirer tilhørende selskabsdeltagerne i det andet selskab at tildele dem aktier eller anparter i det første selskab og eventuelt en kontant udligningssum paa højest 10% af den paalydende værdi, eller, naar der ikke eksisterer en paalydende 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 anparter.«

Direktivets afsnit II, der bestaar af artikel 4-8, indeholder bestemmelser om fusioner, spaltninger samt ombytninger af aktier. Det er saaledes i artikel 8 bestemt, at ved ombytning af aktier maa selve tildelingen af aktier eller anparter i det erhvervende selskab til en selskabsdeltager i det erhvervede selskab til gengæld for aktier eller anparter i sidstnaevnte ikke medføre nogen beskatning af denne selskabsdeltagers indtægt eller kapitalvinding.

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

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

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

15 Da Gerechtshof, Amsterdam, fandt, at en fortolkning af disse bestemmelser i direktivet var noedvendig for tvistens afgørelse, besluttede den at udsætte sagen og at forelaegge Domstolen foelgende praejudicielle spoergsmaal:

»1) Kan Domstolen forelægges spørgsmål vedrørende fortolkningen af bestemmelserne i og rækkevidden af et direktiv, udstedt af Raadet for De Europæiske Fællesskaber, også når direktivet ikke umiddelbart finder anvendelse i den konkret 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 Raadets direktiv 90/434/EOEF 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 sammenslutte 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 spoergsmaal, der forelaegges i relation til konventionen, og spoergsmaal, der forelaegges i henhold til traktatens artikel 177.

20 Kommissionen finder, at Domstolen i overensstemmelse med denne dom kun er kompetent, saafremt de nationale bestemmelser umiddelbart og ubetinget henviser til faellesskabsretten. Dette er ikke tilfaeldet i hovedsagen.

21 Den nederlandske regering har understreget, at den afgoerelse, Domstolen maatte traeffe, ikke er bindende for de nationale retter i Kleinwort Benson-dommens forstand, idet den fortolkning, den forelaeggende ret har anmodet om, alene skal goere det muligt for den at anvende national ret. Den nederlandske regering har ligeledes praeciseret, at den henvisning til faellesskabsretten, som findes i den nederlandske lovs begrundelse, ikke er bindende, men blot er et element til fortolkning af loven.

22 Den tyske regering har anfoert, 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 traeffe praejudiciel afgoerelse, naar det, som i hovedsagen, er aabenbart, at den faellesskabsretlige bestemmelse, som er forelagt Domstolen til fortolkning, ikke finder anvendelse.

23 Domstolen har i medfoer af traktatens artikel 177 kompetence til at afgoere praejudicielle spoergsmaal om fortolkningen af traktaten og om fortolkningen af retsakter udstedt af Faellesskabets institutioner.

24 Det fremgaar saaledes af fast retspraksis, at den i traktatens artikel 177 foreskrevne procedure er et instrument i samarbejdet mellem Domstolen og de nationale retter. Heraf foelger, at det alene tilkommer de nationale retter, som behandler tvisten, og som har ansvaret for den retslige afgoerelse, der skal traeffes, at vurdere - under hensyn til hver enkelt sags saeregenheder - baade noedvendigheden af en praejudiciel afgoerelse for at kunne afsige dom og relevansen af de spoergsmaal, som de forelaegger Domstolen (jf. bl.a. dom af 18.10.1990, forenede sager C-297/88 og C-197/89, Dzodzi, Sml. I, s. 3763, praemis 33 og 34, og Gmurzynska-Bscher-dommen, praemis 18 og 19).

25 Naar de af de nationale retter forelagte spoergsmaal vedroerer fortolkningen af en bestemmelse i faellesskabsretten, er Domstolen derfor i princippet forpligtet til at traeffe afgoerelse herom (jf. Dzodzi-dommen, praemis 35, og Gmurzynska-Bscher-dommen, praemis 23). Det fremgaar saaledes hverken af ordlyden af artikel 177 eller af formaalet med den ved denne artikel indfoerte procedure, at traktatens ophavsmaend har villet frakende Domstolen kompetence med hensyn til de anmodninger om praejudiciel afgoerelse, der angaar en faellesskabsretlig bestemmelse i det saerlige tilfaelde, hvor en medlemsstats lovgivning henviser til indholdet af denne bestemmelse for at fastlaegge de bestemmelser, der finder anvendelse paa en rent intern situation i denne stat (jf. Dzodzi-dommen, praemis 36, og Gmurzynska-Bscher-dommen, praemis 25).

26 En anmodning fra en national ret ville derfor kun kunne afvises, saafremt det er klart, at proceduren efter artikel 177 er blevet anvendt i strid med sit formaal og i virkeligheden tilsigter at foranledige Domstolen til at traeffe afgoerelse om en konstrueret tvist, eller saafremt det er aabenlyst, at faellesskabsretten ikke finder anvendelse i den foreliggende sag, hverken direkte eller indirekte (jf. i denne retning Dzodzi-dommen, praemis 40, og Gmurzynska-Bscher-dommen, praemis 23).

27 I overensstemmelse med denne praksis har Domstolen i en raekke afgoerelser fastslaaet, at den er kompetent til at traeffe afgoerelse om praejudicielle spoergsmaal, der vedroerer faellesskabsretlige bestemmelser i tilfaelde, hvor de faktiske omstaendigheder i hovedsagen ligger uden for faellesskabsrettens anvendelsesomraade, men hvor det enten foelger af national ret eller af kontraktbestemmelser, at faellesskabsretten skal finde anvendelse (jf. om faellesskabsrettens

anvendelse i henhold til national ret Dzodzi-dommen og Gmurzynska-dommen; dom af 26.9.1985, sag 166/84, Thomasduenger, 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 saadanne. Domstolen bemærkede saaledes 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 Saafremt 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 vilkaar, hvorunder de skal anvendes, saaledes at senere fortolkningsuoverensstemmelser undgaas (jf. i denne retning Dzodzi-dommen, præmis 37).

33 Det bemærkes imidlertid, at det i et saadant tilfælde, under hensyn til kompetencefordelingen mellem de nationale retter og Domstolen i henhold til artikel 177, alene tilkommer den nationale retsinstans at vurdere de noejagtige 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). Spørgsmaalet om de begrænsninger, som den nationale lovgiver maatte have opstillet med hensyn til anvendelsen af fællesskabsretten på rent nationale forhold, henhoerer 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 spoergsmaal

Andet spoergsmaal, punkt a)-d)

35 Punkt a)-d) i den forelaeggende rets andet spoergsmaal angaar bestemmelsen i direktivets artikel 2, litra d), der indeholder definitionen af begrebet fusion ved ombytning af aktier. Det fremgaar imidlertid af spoergsmaalets formulering, at det i det vaesentlige angaar betingelsen om i finansiel og oekonomisk henseende at opnaa en varig sammenslutning af de to selskabers virksomhed, hvorved der dannes en enhed. Den fremgaar ikke af direktivets artikel 2, litra a), men blev tilfoejet til direktivets definition af den nederlandske lovgiver i forbindelse med gennemfoerelsen. Det fremgaar af oplysningerne i hovedsagen, at denne betingelse blev indsat for, saaledes som det kan ske i henhold til direktivets artikel 11, at udelukke opnaaelse af de i direktivet fastsatte skattemaessige fordele, saafremt transaktionerne har skattesvig eller skatteunddragelse som hovedformaal. Spoergsmaal 2, punkt a)-d), skal derfor ikke blot undersoeges 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 saadanne tilfaelde.

36 Det bemaerkes for det foerste, at det fremgaar af artikel 2, litra d), samt af direktivets almindelige opbygning, at den faelles beskatningsordning, som er indfoert ved direktivet, og som omfatter en raeke skattemaessige fordele, finder anvendelse uden forskel paa samtlige transaktioner vedroerende fusion, spaltning, tilfoersel af aktiver og ombytning af aktier, uanset om begrundelsen for transaktionen maatte vaere finansiel, oekonomisk eller rent skattemaessig.

37 Den omstaendighed, at det erhvervende selskab, jf. direktivets artikel 2, litra h), ikke selv driver virksomhed, eller at en og samme fysiske person, der var eneaktionaar og direktoer i de erhvervede selskaber, bliver eneaktionaar og direktoer 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 noedvendig forudsætning for, at transaktionen kan henfoeres under begrebet ombytning af aktier i bestemmelsens forstand, at sammenslutningen af de to selskabers virksomhed i finansiel og oekonomisk henseende er varig.

38 Det bemaerkes for det andet, at medlemsstaterne i medfoer af artikel 11, stk. 1, litra a), helt eller delvis kan afslaa at anvende direktivets bestemmelser, herunder de skattefordele, som hovedsagen angaar, eller at inddrage adgangen til at anvende dem, bl.a. saafremt en fusion, en spaltning, en tilfoersel af aktiver eller en ombytning af aktier som hovedformaal eller som et af hovedformaalene har skattesvig eller skatteunddragelse.

39 Det er i artikel 11, stk. 1, litra a), praeciseret, at som led i den forbeholdte kompetence kan medlemsstaten fastsaette bestemmelser om, at der er formodning for skattesvig eller skatteunddragelse, »saafremt en af de ... omhandlede transaktioner ikke foretages ud fra forsvarlige oekonomiske betragtninger, saasom omstrukturering eller rationalisering af aktiviteterne i de selskaber, der deltager i transaktionen«.

40 Det foelger saaledes af artikel 2, litra d) og h), samt af artikel 11, stk. 1, litra a), at medlemsstaterne skal indroemme de i direktivet fastsatte skattefordele for de transaktioner med ombytning af aktier, der omhandles i artikel 2, litra d), medmindre transaktionerne som hovedformaal eller et af hovedformaalene har skattesvig eller skatteunddragelse. I saa fald kan medlemsstaterne vedtage, at den omstaendighed, at transaktionerne ikke er foretaget ud fra forsvarlige oekonomiske betragtninger, skaber en formodning for skattesvig eller skatteunddragelse.

41 Ved afgoerelsen af, om en paataenkt transaktion har et saadant formaal, kan de kompetente nationale myndigheder ikke blot anvende forudfastsatte, generelle kriterier, men skal foretage en

samlet undersøgelse af den konkrete transaktion. Det fremgaar af fast retspraksis, at en saadan undersøgelse skal kunne undergives en retslig prøve (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 saaledes anses for foretaget ud fra forsvarlige økonomiske betragtninger. Paa lignende maade kan saadanne hensyn nødvendiggøre en retlig omstrukturering af selskaber, der allerede i økonomisk og finansiell henseende udgør en enhed. Det er heller ikke udelukket, at en fusion ved ombytning af aktier med henblik paa 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 medlemsstaterne, 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 paa de i det andet spørgsmål, punkt a)-d), nævnte kriterier, gaar - uanset om der faktisk foreligger skattesvig eller skatteunddragelse - ud over, hvad der er nødvendigt for at undgå en saadan form for skattesvig eller skatteunddragelse, og vil være i strid med direktivets formaal. Dette er ligeledes tilfældet, saafremt en saadan regel alene hjemlede mulighed for, at forvaltningsmyndigheden efter eget skøn kunne meddele dispensation.

45 En saadan fortolkning er i overensstemmelse med formaalene med saavel direktivet som med artikel 11. Det fremgaar saaledes af direktivets første betragtning, at dets formaal er, at der indføres konkurrencemaessigt neutrale skatteregler, saaledes at virksomhederne kan tilpasse sig vilkaarene i det fælles marked, øge deres produktivitet og styrke deres konkurrencemaessige stilling internationalt. Af samme betragtning fremgaar det endvidere, at transaktioner som fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier vedrørende selskaber i forskellige medlemsstater ikke maa hindres af særlige begrænsninger, ulemper eller fordrejninger som følge af medlemsstaternes skatteregler. Kun saafremt formaålet med den påtænkte transaktion er skattesvig eller skatteunddragelse, kan medlemsstaterne ifølge artikel 11 og direktivets sidste betragtning afslaa at anvende direktivet.

Spoergsmaal 2, punkt e)

46 Med spørgsmål 2, punkt e), ønsker den nationale ret oplyst, om en horisontal skattemaessig tabsudligning mellem selskaber, der deltager i transaktionen, er en forsvarlig økonomisk betragtning som omhandlet i direktivets artikel 11.

47 Det fremgaar af ordlyden af og formaålet med artikel 11 og direktivet, at begrebet 'forsvarlige økonomiske betragtninger' er mere vidtgaaende end hensigten om blot at opnå en rent skattemaessig fordel. En fusion ved ombytning af aktier, der kun skal tjene et saadant formaal, kan derfor ikke anses for en økonomisk forsvarlig betragtning, jf. artikel 11.

48 Det andet spørgsmål skal foelgelig besvares saaledes:

a) Efter direktivets artikel 2, litra d), kraeves det hverken, at det erhvervende selskab, jf. direktivets artikel 2, litra h), selv driver virksomhed, eller at sammenslutningen af de to selskabers virksomhed i finansiell og økonomisk henseende skal være varig. Den omstændighed, at en og samme fysiske person, der var eneaktionær og direktoer i de erhvervede selskaber, bliver eneaktionær

og direktoer 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 saaledes, 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 saaledes, at det er mere vidtgående end hensigten om blot at opnå en rent skattemæssig fordel, f.eks. i form af en horisontal tabsudligning.

## Afgørelse om sagsomkostninger

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.

## Afgørelse

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/EOEF 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 finansiell 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.