

**ARREST VAN HET HOF (Eerste kamer)**

19 december 2012 (\*)

„Fiscale bepalingen – Richtlijn 90/434/EEG – Gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten – Artikelen 2, 4 en 9 – Inbreng van activa – Heffing van belasting over meerwaarden die inbrengende vennootschap naar aanleiding van inbreng van activa realiseert – Uitstel van belastingheffing – Voorwaarde dat op balans van inbrengende vennootschap voorlopig van belasting vrijgestelde reserve wordt opgenomen ten bedrage van vastgestelde meerwaarde”

In zaak C-207/11,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Commissione tributaria regionale di Milano (Italië) bij beslissing van 7 april 2011, ingekomen bij het Hof op 2 mei 2011, in de procedure

**3D I Srl**

tegen

**Agenzia delle Entrate – Ufficio di Cremona,**

wijst

HET HOF (Eerste kamer),

samengesteld als volgt: A. Tizzano, kamerpresident, M. Ilešić (rapporteur), E. Levits, J.-J. Kasel en M. Safjan, rechters,

advocaat-generaal: N. Jääskinen,

griffier: A. Impellizzeri, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 10 mei 2012,

gelet op de opmerkingen van:

- 3D I Srl, vertegenwoordigd door A. Fantozzi, R. Esposito en G. Mameli, avvocati,
  - de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door P. Gentili, avvocato dello Stato,
  - de Europese Commissie, vertegenwoordigd door P. Rossi en W. Roels als gemachtigden,
- gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 10 juli 2012,

het navolgende

**Arrest**

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 2, 4 en 8,

leden 1 en 2, van richtlijn 90/434/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten (PB L 225, blz. 1).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen 3D I Srl (hierna: „3D I”), voorheen 3D FIN Srl, en het Agenzia delle Entrate – Ufficio di Cremona (hierna: „Agenzia delle Entrate”), betreffende de weigering van dit laatste om de vervangende belasting („imposta sostitutiva”) die voornoemde onderneming had voldaan in het kader van een intracommunautaire inbreng van een van haar takken van bedrijvigheid, terug te betalen.

## **Toepasselijke bepalingen**

### *Wettelijke regeling van de Unie*

3 De eerste tot en met de zesde overweging van de considerans van richtlijn 90/434 luiden als volgt:

„Overwegende dat fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil, betrekking hebbende op vennootschappen uit verschillende lidstaten [...] niet moeten worden belemmerd door uit de fiscale voorschriften der lidstaten voortvloeiende bijzondere beperkingen, nadelen of distorsies; dat er bijgevolg voor deze transacties concurrentieneutrale belastingvoorschriften tot stand moeten komen om de ondernemingen in staat te stellen zich aan te passen aan de eisen van de gemeenschappelijke markt, hun productiviteit te vergroten en hun concurrentiepositie op de internationale markt te versterken;

Overwegende dat bepalingen van fiscale aard deze transacties thans benadelen ten opzichte van transacties met betrekking tot vennootschappen van een zelfde lidstaat; dat deze benadeling moet worden opgeheven;

Overwegende dat dit doel niet kan worden bereikt door de in de lidstaten geldende nationale regelingen uit te breiden tot de gehele Gemeenschap, omdat de verschillen tussen deze regelingen distorsies kunnen veroorzaken; dat daarom uitsluitend een gemeenschappelijke fiscale regeling een bevredigende oplossing kan bieden;

Overwegende dat de gemeenschappelijke fiscale regeling moet voorkomen dat wegens fusies, splitsingen, inbreng van activa of aandelenruil belasting wordt geheven, met dien verstande dat de financiële belangen van de staat van de inbrengende of verworven vennootschap moeten worden veiliggesteld;

Overwegende dat, wat fusies, splitsingen en inbreng van activa betreft, deze transacties normaliter tot resultaat hebben dat de inbrengende vennootschap wordt omgezet in een vaste inrichting van de ontvangende vennootschap of dat de activa gaan behoren tot een vaste inrichting van laatstgenoemde vennootschap;

Overwegende dat toepassing van het systeem van uitstel van belastingheffing over de meerwaarde der ingebrachte goederen welke tot die vaste inrichting blijven behoren tot het tijdstip dat deze metterdaad wordt gerealiseerd, de mogelijkheid biedt belastingheffing ter zake van de betreffende boekwinsten te voorkomen en dat daardoor tevens de latere heffing door het land van de inbrengende vennootschap op het moment van realisatie van deze winsten gewaarborgd blijft.”

4 Artikel 2 van die richtlijn, dat deel uitmaakt van titel I, „Algemene bepalingen”, luidt:

„Voor de toepassing van deze richtlijn wordt verstaan onder:

[...]

c) inbreng van activa: de rechtshandeling waarbij een vennootschap, zonder ontbonden te worden, haar gehele dan wel een of meer takken van haar bedrijvigheid inbrengt in een andere vennootschap, tegen verkrijging van bewijzen van deelgerechtigdheid in het maatschappelijk kapitaal van de vennootschap welke de inbreng ontvangt;

d) aandelenruil: de rechtshandeling waarbij een vennootschap in het maatschappelijk kapitaal van een andere vennootschap een deelneming verkrijgt waardoor zij een meerderheid van stemmen in die vennootschap krijgt, en wel door aan de deelgerechtigden van de andere vennootschap, in ruil voor hun effecten, bewijzen van deelgerechtigdheid in het maatschappelijk kapitaal van de eerste vennootschap uit te reiken, eventueel met een bijbetaling in geld welke niet meer mag bedragen dan 10 % van de nominale waarde of, bij gebreke van een nominale waarde, van de fractiewaarde van de bewijzen die worden geruild;

e) inbrengende vennootschap: de vennootschap die [...] haar gehele dan wel een of meer takken van haar bedrijvigheid inbrengt;

f) ontvangende vennootschap: de vennootschap die [...] alle of een of meer takken van bedrijvigheid van de inbrengende vennootschap ontvangt;

[...]”

5 Titel II van richtlijn 90/434, die uit de artikelen 4 tot en met 8 bestaat, bevat de „[r]egels voor fusies, splitsingen en aandelenruil”. Artikel 4 bepaalt:

„1. Fusies of splitsingen leiden niet tot enigerlei belastingheffing over de meerwaarden die bepaald worden door het verschil tussen de werkelijke waarde van de overgedragen activa en passiva en hun fiscale waarde.

Wordt verstaan onder:

– fiscale waarde: de waarde welke voor de toepassing van de belastingen op inkomen, winst of vermogenswinst de basis zou hebben gevormd voor de berekening van een winst of een verlies bij de inbrengende vennootschap, indien deze activa en passiva zouden zijn verkocht ten tijde van, maar onafhankelijk van, de fusie of splitsing;

– overgedragen activa en passiva: de activa en passiva van de inbrengende vennootschap welke als gevolg van de fusie of splitsing metterdaad gaan behoren tot de vaste inrichting van de ontvangende vennootschap in de lidstaat van de inbrengende vennootschap en bijdragen tot de totstandkoming van de resultaten die in aanmerking worden genomen voor de belastinggrondslag.

2. De lidstaten onderwerpen de toepassing van lid 1 aan de voorwaarde dat de ontvangende vennootschap verdere afschrijvingen alsook meerwaarden en waardeverminderingen betreffende deze overgedragen activa en passiva berekent met toepassing van dezelfde regels als de inbrengende vennootschap had kunnen toepassen indien de fusie of splitsing niet zou hebben plaatsgevonden.

3. Indien de wetgeving van de lidstaat van de inbrengende vennootschap aan de ontvangende vennootschap toestaat verdere afschrijvingen alsook meerwaarden en waardeverminderingen betreffende de overgedragen activa en passiva te berekenen onder voorwaarden welke afwijken van die van lid 2, is lid 1 niet van toepassing op die activa en passiva waarvoor de ontvangende vennootschap van deze mogelijkheid gebruik heeft gemaakt.”

6 Artikel 8, leden 1 en 2, van de richtlijn luidt:

„1. Toekenning bij een fusie, een splitsing of een aandelenruil, van bewijzen van deelgerechtigdheid in het maatschappelijk kapitaal van de ontvangende of de verwervende vennootschap aan een deelgerechtigde van de inbrengende of verworven vennootschap in ruil voor bewijzen van deelgerechtigdheid in het maatschappelijk kapitaal van deze laatste vennootschap, mag op zich niet leiden tot enigerlei belastingheffing op het inkomen, de winst of de meerwaarden van deze deelgerechtigde.

2. De lidstaten stellen de toepassing van lid 1 afhankelijk van de voorwaarde dat de deelgerechtigde aan de in ruil ontvangen bewijzen geen hogere fiscale waarde toekent dan de waarde die de geruilde bewijzen onmiddellijk vóór de fusie, de splitsing of de aandelenruil hadden.

De toepassing van lid 1 belet de lidstaten niet de winst die voortvloeit uit de latere verkoop van de ontvangen bewijzen op dezelfde wijze te belasten als de winst uit de verkoop van de bewijzen die vóór de verwerving bestonden.

Onder ‚fiscale waarde’ wordt verstaan de waarde die als grondslag zou dienen voor de eventuele berekening van een winst of een verlies die onder de toepassing vallen van een belasting op het inkomen, de winst of de meerwaarden van de deelgerechtigde van de vennootschap.”

7 Titel III van richtlijn 90/434 betreft de „[r]egels voor de inbreng van activa”. Krachtens artikel 9 van deze richtlijn, dat het enige artikel van titel III is, zijn de artikelen 4 tot en met 6 van de richtlijn van toepassing op die inbreng.

#### *Italiaanse wettelijke regeling*

8 Richtlijn 90/434 is in Italiaans recht omgezet bij decreto legislativo n. 544, del 30 dicembre 1992, recante attuazione della normativa comunitaria relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti d’attivo ed agli altri scambi di azioni concernenti società di Stati membri diversi (wetgevend besluit nr. 544 van 30 december 1992 houdende maatregelen ter uitvoering van de richtlijnen van de Gemeenschap betreffende de fiscale behandeling van fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil, GURI nr. 9 van 13 januari 1993, blz. 8; hierna: „decreto legislativo nr. 544/1992”).

9 Artikel 1 van decreto legislativo nr. 544/1992 bepaalt het volgende:

„De bepalingen van dit decreto zijn van toepassing op:

[...]

c) de inbreng van activiteiten of activiteitengroepen die één enkele tak van bedrijvigheid betreffen, van de ene naar de andere van de onder a bedoelde entiteiten[, te weten vennootschappen op aandelen, commanditaire vennootschappen op aandelen, vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, coöperatieve vennootschappen, op het nationale grondgebied gevestigde publieke of particuliere ondernemingen die uitsluitend of voornamelijk tot doel hebben commerciële activiteiten uit te oefenen en alle soortgelijke ondernemingen die in een andere

lidstaat van de Europese Unie zijn gevestigd], die in verschillende lidstaten van de Unie gevestigd zijn, op voorwaarde dat een van beide op het grondgebied van de Staat is gevestigd.”

10 Artikel 2, lid 2, van decreto legislativo nr. 544/1992 luidt als volgt:

„Geen van de onder c genoemde inbrengen wordt beschouwd als de realisatie van een meerwaarde of een waardevermindering, maar de laatste fiscale waarde die aan de ingebrachte bedrijvigheid of tak van bedrijvigheid is toegekend vormt de fiscale waarde van de ontvangen deelneming. Het verschil tussen de waarde van de ontvangen aandelen en de laatste waarde van de ingebrachte activa zoals bepaald voor de inkomstenbelasting, maakt geen deel uit van de belastbare inkomsten van de inbrengende onderneming of vennootschap zolang het niet wordt gerealiseerd of aan de deelgerechtigden wordt uitgekeerd. Indien de ontvangen deelnemingen op de balans staan voor een hogere waarde dan de boekwaarde van de ingebrachte bedrijvigheid, wordt het verschil onder een daartoe geëigende post opgenomen en zal het in geval van uitkering tot de belastbare inkomsten behoren [...]”.

11 Voorts gold ten tijde van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde inbreng decreto legislativo n. 358, dell'8 ottobre 1997, recante riordino delle imposte sui redditi applicabili alle operazioni di cessione e conferimento di aziende, fusione, scissione e permuta di partecipazioni (wetgevend besluit nr. 358 van 8 oktober 1997 houdende bepalingen betreffende de reorganisatie van de inkomstenbelasting die geldt voor de overdracht en inbreng van vennootschappen, fusie, splitsing en ruil van deelnemingen, GURI nr. 249 van 24 oktober 1997, blz. 4; hierna: „decreto legislativo nr. 358/1997”).

12 Artikel 1, leden 1 en 2, van decreto legislativo nr. 358/1997 luidt:

„1. Over de meerwaarde die wordt gerealiseerd bij de overdracht van activiteiten die ten minste drie jaar zijn aangehouden en die wordt vastgesteld in overeenstemming met de criteria van artikel 54 van de geconsolideerde versie van de wet op de inkomstenbelasting [...], kan in plaats van de inkomstenbelasting een belasting worden geheven tegen een tarief van 19 %. [...]

2. Om toepassing van de vervangende belasting wordt verzocht in de aangifte in de inkomstenbelasting voor het belastingtijdvak waarin de meerwaarde is gerealiseerd [...]”.

13 Artikel 4, leden 1 en 2, van decreto legislativo nr. 358/1997 bepaalt:

„1. Wanneer de in artikel 87, lid 1, sub a en b, van de geconsolideerde versie van de wet op de inkomstenbelasting bedoelde entiteiten bedrijvigheden inbrengen die ten minste drie jaar zijn aangehouden [...] vormt dit geen realisatie van een meerwaarde of van een waardevermindering. De inbrengende vennootschap moet de ontvangen deelnemingen echter waarderen op de laatste fiscale waarde die aan de ingebrachte bedrijvigheid is toegekend en de ontvangende vennootschap treedt, wat de activa en de passiva van deze bedrijvigheid betreft, in de plaats van de inbrengende vennootschap; daartoe vermeldt de inbrengende vennootschap in een ad-hocoverzicht, dat zij bij haar belastingaangifte voegt, de op de balans uiteengezette gegevens en de fiscaal toegekende waarden.

2. In plaats van voor de toepassing van lid 1 kunnen de in die bepaling genoemde entiteiten in de akte van inbreng kiezen voor de toepassing van de geconsolideerde versie van de wet op de inkomstenbelasting [...] en van artikel 1 van het onderhavige decreto. Die keuze kan eveneens worden uitgeoefend met betrekking tot de in artikel 1 van [decreto legislativo nr. 544/1992] bedoelde inbreng.”

14 De decreti legislativi nr. 544/1992 en nr. 358/1997 zijn met ingang van 1 januari 2004

vervangen in het kader van een hervorming van het nationale belastingstelsel. Bij die hervorming is de regeling van fiscale neutraliteit bij grensoverschrijdende inbreng van activa identiek geworden aan die voor nationale inbrengen, en is de in artikel 4, lid 1, van decreto legislativo nr. 358/1997 neergelegde voorwaarde dat de onderneming minstens drie jaar is aangehouden, geschrapt. Derhalve is ook de mogelijkheid om te kiezen voor de vervangende belasting van 19 % geschrapt.

### **Hoofdgeding en prejudiciële vraag**

15 3D I is een kapitaalvennootschap met zetel te Crema (Italië). Op 12 oktober 2000 heeft zij een tak van haar bedrijvigheid, die zich eveneens in Italië bevond, ingebracht bij een in het Groothertogdom Luxemburg gevestigde onderneming. Ten gevolge van die operatie is de ingebrachte activiteit omgevormd tot een in Italië gevestigde vaste inrichting van die Luxemburgse onderneming. In ruil daarvoor heeft 3D I een deelneming, meer bepaald aandelen, in die onderneming verworven. Op de balans van 3D I zijn die aandelen opgenomen tegen een hogere waarde dan de fiscale waarde van de ingebrachte bedrijvigheid.

16 Op 9 mei 2001 heeft 3D I geopteerd voor de in de artikelen 1, lid 1, en 4, lid 2, van decreto legislativo nr. 358/1997 bepaalde mogelijkheid om voor die operatie de vervangende belasting van 19 % te voldoen. Daarmee heeft zij afstand gedaan van haar recht om een beroep te doen op de in artikel 2, lid 2, van decreto legislativo nr. 544/1992 bedoelde fiscaal neutrale regeling. 3D I heeft derhalve de verschuldigde vervangende belasting, die 5 732 298 000 ITL oftewel 2 960 484,85 EUR bedroeg, betaald. Nadat 3D I die belasting had voldaan, zijn de meerwaarden die ten gevolge van de inbreng op boekhoudkundig vlak waren vastgesteld, vrijgesteld van verdere belasting, aangezien het verschil tussen de fiscale waarde van de ingebrachte tak van bedrijvigheid en de waarde die was toegekend aan de in ruil voor die inbreng ontvangen deelbewijzen, voortaan ook vanuit fiscaal oogpunt was erkend (de fiscale waarde van deze deelbewijzen werd aangepast aan de boekwaarde ervan).

17 Nadat zij kennis had gekregen van met name het arrest X en Y van het Hof van 21 november 2002 (C-436/00, Jurispr. blz. I-10829) heeft 3D I de belastingadministratie op 8 januari 2004 verzocht om de door haar voldane vervangende belasting terug te storten. Ter ondersteuning van dat verzoek betoogde zij dat artikel 2, lid 2, van decreto legislativo nr. 544/1992 onverenigbaar was met richtlijn 90/434, aangezien het de fiscaal neutrale behandeling van de inbreng afhankelijk stelde van voorwaarden waarin die richtlijn niet voorziet. Met name de voorwaarde dat het waardeverschil op een niet-uitkeerbare reserve wordt geblokkeerd, heeft er volgens haar in de praktijk voor gezorgd dat de betrokken ondernemingen kozen voor de vervangende belasting, omdat de derde mogelijkheid waarin het nationale recht voorzag, namelijk over het waardeverschil de normale belasting van 33 % betalen, nog ongunstiger was dan de twee andere opties. 3D I voerde aan dat zij ten onrechte ervan was uitgegaan dat de in artikel 2, lid 2, van decreto legislativo nr. 544/1992 neergelegde voorwaarden rechtmatig waren en dat zij vanwege die vergissing voor de vervangende belasting en niet voor de fiscaal neutrale regeling had gekozen.

18 Nadat het Agenzia delle Entrate dit verzoek om teruggave stilzwijgend had afgewezen, heeft 3D I op 13 april 2004 beroep ingesteld bij de Commissione tributaria provinciale di Cremona. Bij beslissing van 11 oktober 2006 heeft laatstgenoemde instantie dit beroep verworpen, met name op grond dat 3D I vrijwillig voor de regeling van de vervangende belasting had gekozen en het voordeel had genoten van een regeling die het waardeverschil fiscaal tegen een veel gunstiger tarief erkende dan het tarief dat zij in het geval van realisatie van de meerwaarde had moeten betalen.

19 Op 5 maart 2007 heeft 3D I tegen die uitspraak hoger beroep ingesteld bij de Commissione

tributaria regionale di Milano. Die rechterlijke instantie is van oordeel dat artikel 2, lid 2, van decreto legislativo nr. 544/1992, voor zover het bepaalt dat na een intracommunautaire inbreng op de balans van de inbrengende vennootschap een reserve moet worden opgenomen die voorlopig van belasting is vrijgesteld en dat de eventueel uit die inbreng voortvloeiende meerwaarden worden belast indien dat niet wordt gedaan, in strijd is met richtlijn 90/434 en met de vaste rechtspraak van het Hof, volgens welke maatregelen die in de weg staan aan het vrije kapitaalverkeer en aan de vrijheid van vestiging verboden zijn. Om een dergelijke onverenigbaarheid met het Unierecht te vermijden, dienen de lidstaten de belastingheffing over de meerwaarden uit te stellen tot het tijdstip waarop deze meerwaarden daadwerkelijk worden gerealiseerd, en mogen zij aan dit uitstel geen voorwaarden verbinden die de voornoemde fundamentele vrijheden onredelijk beperken.

20 In die omstandigheden heeft de verwijzende rechter de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Staan de artikelen 2, 4 en 8, leden 1 en 2, van richtlijn [90/434] in de weg aan een regeling van een lidstaat, zoals de Italiaanse regeling in artikel 2, lid 2, van decreto legislativo [nr. 544/1992], volgens welke een aandeleninbreng of een aandelenruil bij de inbrengende vennootschap leidt tot de heffing van belasting over de meerwaarde van de overdracht, bestaande in het verschil tussen de oorspronkelijke kosten van verkrijging van de overgedragen aandelen of effecten en hun normale waarde, tenzij de inbrengende vennootschap op haar eigen fiscale balans een speciale reserve opneemt overeenkomend met de bij de inbreng vastgestelde meerwaarde, in een geval zoals in het hoofdgeding aan de orde is?”

### **Beantwoording van de prejudiciële vraag**

21 Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de artikelen 2, 4 en 8, leden 1 en 2, van richtlijn 90/434 aldus moeten worden uitgelegd dat zij er zich, in een situatie als die welke aan de orde is in het hoofdgeding, tegen verzetten dat een inbrengende vennootschap bij een inbreng van activa of een aandelenruil belastingen moet betalen over de uit die inbreng voortvloeiende meerwaarde, tenzij zij op haar balans een reserve opneemt die met de bij die inbreng vastgestelde meerwaarde overeenstemt.

22 Vaststaat evenwel dat het hoofdgeding uitsluitend betrekking heeft op een inbreng van activa in de zin van artikel 2, sub c, van deze richtlijn, en niet op een aandelenruil in de zin van artikel 2, sub d. Bijgevolg dient de gestelde vraag slechts te worden beantwoord voor zover zij de inbreng van activa betreft.

23 Bovendien moet in het onderhavige geval worden vastgesteld dat uit artikel 9 van richtlijn 90/434 blijkt dat artikel 8 ervan niet behoort tot de regels die van toepassing worden verklaard op de inbreng van activa. Laatstgenoemd artikel bepaalt dat de toekenning bij een fusie, een splitsing of een aandelenruil, van bewijzen van deelgerechtigdheid in het maatschappelijk kapitaal van de ontvangende of de verwervende vennootschap aan een deelgerechtigde van de inbrengende of verworven vennootschap in ruil voor bewijzen van deelgerechtigdheid in het maatschappelijk kapitaal van deze laatste vennootschap, op zich niet mag leiden tot enigerlei belastingheffing op het inkomen, de winst of de meerwaarden van deze deelgerechtigde. Dit artikel is niet van toepassing bij een inbreng van activa, aangezien de bewijzen van deelgerechtigdheid in het maatschappelijk kapitaal van de ontvangende vennootschap in een dergelijk geval niet aan een deelgerechtigde van de inbrengende vennootschap, maar aan die vennootschap zelf worden overhandigd.

24 Derhalve moet de gestelde vraag in het licht van de artikelen 2, 4 en 9 van richtlijn 90/434 worden onderzocht.

25 Meer in het bijzonder bepaalt artikel 4, lid 1, van deze richtlijn, gelezen in samenhang met artikel 9 ervan, dat de inbreng van activa niet leidt tot enigerlei belastingheffing over de meerwaarden die voortvloeien uit het verschil tussen de werkelijke waarde van de overgedragen activa en passiva en hun fiscale waarde. Deze bepaling preciseert dat de fiscale waarde de waarde is die voor de toepassing van de belastingen op inkomen, winst of vermogenswinst de basis zou hebben gevormd voor de berekening van een winst of een verlies bij de inbrengende vennootschap, indien deze activa en passiva zouden zijn verkocht ten tijde van – maar onafhankelijk van – de inbreng van activa. Onder overgedragen activa en passiva moeten in het kader van een inbreng van activa worden verstaan de takken van bedrijvigheid van de inbrengende vennootschap die als gevolg van de inbreng metterdaad gaan behoren tot de vaste inrichting van de ontvangende vennootschap in de lidstaat van de inbrengende vennootschap, of die zelf die inrichting worden, en die bijdragen tot de totstandkoming van de resultaten die in aanmerking worden genomen voor de belastinggrondslag.

26 Zoals uit de eerste en de vierde overweging van de considerans van richtlijn 90/434 volgt, beoogt die richtlijn door middel van dit vereiste van fiscale neutraliteit ten aanzien van de ontvangende en de inbrengende vennootschap te garanderen dat een inbreng met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten niet wordt belemmerd door bijzondere beperkingen, nadelen of distorsies die uit de fiscale voorschriften van de lidstaten voortvloeien, en wel met het doel ondernemingen in staat te stellen zich aan te passen aan de eisen van de gemeenschappelijke markt, hun productiviteit te vergroten en hun concurrentiepositie op de internationale markt te versterken (zie in die zin arresten van 17 juli 1997, Leur-Bloem, C-28/95, Jurispr. blz. I-4161, punt 45; 11 december 2008, A.T., C-285/07, Jurispr. blz. I-9329, punt 21, en 20 mei 2010, Modehuis A. Zwijnenburg, C-352/08, Jurispr. blz. I-4303, punt 38).

27 Dit vereiste van fiscale neutraliteit is evenwel niet onvoorwaardelijk. Volgens artikel 4, lid 2, van richtlijn 90/434, gelezen in samenhang met artikel 9 van die richtlijn, onderwerpen de lidstaten de toepassing van het eerste lid van artikel 4 immers aan de voorwaarde dat de ontvangende vennootschap verdere afschrijvingen alsook meerwaarden en waardeverminderingen betreffende deze overgedragen activa en passiva berekent met toepassing van dezelfde regels als de inbrengende vennootschap had kunnen toepassen indien de inbreng niet zou hebben plaatsgevonden. Artikel 4, lid 3, van die richtlijn preciseert dat indien de wetgeving van de lidstaat van de inbrengende vennootschap aan de ontvangende vennootschap toestaat deze afschrijvingen, meerwaarden en waardeverminderingen te berekenen onder voorwaarden die van die van het tweede lid van voornoemd artikel 4 afwijken, het eerste lid van dat artikel niet van toepassing is op die activa en passiva waarvoor de ontvangende vennootschap van deze mogelijkheid gebruik heeft gemaakt.

28 Dat de ontvangende vennootschap, indien zij wil profiteren van de fiscaal neutrale regeling, de overgedragen activa en passiva op dezelfde manier moet blijven waarderen voor de berekening van de verdere afschrijvingen en meerwaarden of waardeverminderingen op deze bestanddelen, heeft, zoals de Europese Commissie heeft aangegeven, tot doel te voorkomen dat die neutraliteit aanleiding geeft tot een definitieve vrijstelling, waarin richtlijn 90/434 niet voorziet. Uit de vierde en de zesde overweging van de considerans van die richtlijn volgt immers dat die richtlijn een regeling instelt waarbij de heffing van belasting over meerwaarden op ingebrachte goederen slechts wordt uitgesteld, waarbij dus enerzijds wordt vermeden dat de inbreng van de bedrijvigheid zelf aanleiding geeft tot belastingheffing en anderzijds de financiële belangen van de staat van de inbrengende vennootschap worden veiliggesteld doordat wordt gewaarborgd dat

deze meerwaarden worden belast op het tijdstip waarop zij daadwerkelijk worden gerealiseerd (zie in die zin arrest van 5 juli 2007, Kofoed, C-321/05, Jurispr. blz. I-5795, punt 32, en reeds aangehaalde arresten A.T., punt 28, en Modehuis A. Zwijnenburg, punt 39).

29 Richtlijn 90/434 definieert dus weliswaar onder welke voorwaarden de ontvangende vennootschap uitstel kan genieten van de belastingheffing over de meerwaarden op de ingebrachte activiteit, maar stelt niet vast onder welke voorwaarden de inbrengende vennootschap uitstel kan krijgen van de belastingheffing over de meerwaarden op de in ruil voor de inbreng ontvangen bewijzen van deelgerechtigdheid in het maatschappelijk kapitaal van de ontvangende vennootschap, en bepaalt met name niet welke waarde de inbrengende vennootschap aan die bewijzen moet toekennen.

30 Anders dan 3D I lijkt te suggereren, volgt hieruit niet dat richtlijn 90/434 de lidstaten verbiedt om dergelijke voorwaarden te stellen, maar wel, zoals de advocaat-generaal in de punten 42 en 49 van zijn conclusie heeft opgemerkt, dat zij hun een zekere ruimte laat om te beslissen of zij de fiscale neutraliteit die de inbrengende vennootschap geniet afhankelijk willen stellen van voorwaarden betreffende de waardering van de in ruil ontvangen bewijzen, zoals de continuïteit van de fiscale waarden, voor zover die voorwaarden er niet toe leiden dat de overdracht van die bewijzen in het kader van de inbreng van activa zelf aanleiding geeft tot het heffen van belasting over de meerwaarden op die bewijzen.

31 Zoals de advocaat-generaal in punt 43 van zijn conclusie heeft uiteengezet, vindt die vaststelling steun in de ontstaansgeschiedenis van richtlijn 90/434 en in het feit dat de Commissie in haar laatste voorstel voor een richtlijn van de Raad tot wijziging van richtlijn 90/434 [COM(2003) 613 def.], dat van 17 oktober 2003 dateert, net als in haar voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen en inbreng van activa met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten (PB 1969, C 39, blz. 1), heeft voorgesteld een bepaling op te nemen inzake de waarde die moet worden toegekend aan de in ruil voor de inbreng van de tak van bedrijvigheid ontvangen bewijzen van deelgerechtigdheid. Met die bepaling, volgens welke aan deze bewijzen de waarde wordt toegekend die de ingebrachte tak van bedrijvigheid onmiddellijk vóór de inbreng werkelijk had, wilde de Commissie de dubbele belastingheffing vermijden die op het tijdstip van de realisatie van de meerwaarden kan plaatsvinden indien de ontvangende vennootschap de ingebrachte tak van bedrijvigheid in overeenstemming met de voorwaarde van artikel 4, lid 2, van richtlijn 90/434 heeft gewaardeerd en de inbrengende vennootschap aan de door haar ontvangen bewijzen de waarde heeft toegekend die de ingebrachte tak van bedrijvigheid had onmiddellijk vóór de operatie. De wetgever van de Unie heeft dat voorstel echter niet aanvaard.

32 Wat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde situatie betreft, volgt uit de verwijzingsbeslissing – en is door zowel de Italiaanse regering als de Commissie opgemerkt – dat de nationale wettelijke regeling het voor 3D I mogelijk maakte om aan de in ruil voor de inbreng ontvangen bewijzen de waarde toe te kennen die de ingebrachte tak van bedrijvigheid vóór de operatie had, en om er aldus voor te zorgen dat de heffing van belasting over de op deze bewijzen vastgestelde meerwaarden werd uitgesteld, onder een voorwaarde die, zoals in de voorgaande punten van dit arrest is vastgesteld, in de huidige stand van het Unierecht verenigbaar is met dit recht.

33 Derhalve kan de omstandigheid dat de nationale wettelijke regeling aan de inbrengende vennootschap eveneens de mogelijkheid biedt om aan deze bewijzen een hogere waarde toe te kennen dan die welke de ingebrachte tak van bedrijvigheid vóór de operatie had, en aldus met name ook de bij de inbreng vastgestelde meerwaarde in deze waarde op te nemen, maar aan die mogelijkheid de voorwaarde verbindt dat zij op haar balans een reserve opneemt die met de aldus

vastgestelde meerwaarde overeenstemt, niet onverenigbaar met richtlijn 90/434 worden geacht.

34 De Italiaanse regering en de Commissie hebben tevens uiteengezet dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde voorwaarde zonder meer beantwoordt aan de boekhoudkundige vereisten die noodzakelijkerwijs voortvloeien uit de waardering van de deelnemingen en dat het in het kader van de ten tijde van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde feiten geldende nationale belastingregeling noodzakelijk was om die reserve te belasten wanneer zij aan de deelgerechtigden van de inbrengende vennootschap werd uitgekeerd, aangezien die regeling – die bij die uitkering een belastingkrediet aan die deelgerechtigden toekende – de Italiaanse Schatkist rechtstreeks zou hebben benadeeld en aan die deelgerechtigden, en indirect ook aan de inbrengende vennootschap, een ongerechtvaardigd voordeel zou hebben toegekend.

35 Gelet op een en ander moet op de gestelde vraag worden geantwoord dat de artikelen 2, 4 en 9 van richtlijn 90/434 aldus moeten worden uitgelegd dat zij er zich in een situatie als die welke aan de orde is in het hoofdgeding niet tegen verzetten dat een vennootschap die activa inbrengt, belastingen moet betalen over de uit die inbreng voortvloeiende meerwaarde, tenzij zij op haar balans een reserve opneemt die met de bij die inbreng vastgestelde meerwaarde overeenstemt.

### **Kosten**

36 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Eerste kamer) verklaart voor recht:

**De artikelen 2, 4 en 9 van richtlijn 90/434/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten moeten aldus worden uitgelegd dat zij er zich in een situatie als die welke aan de orde is in het hoofdgeding niet tegen verzetten dat een vennootschap die activa inbrengt, belastingen moet betalen over de uit die inbreng voortvloeiende meerwaarde, tenzij zij op haar balans een reserve opneemt die met de bij die inbreng vastgestelde meerwaarde overeenstemt.**

ondertekeningen

\* Procestaal: Italiaans.