

ARREST VAN HET HOF (Vijfde kamer)

10 november 2011 *

In zaak C-126/10,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door het Supremo Tribunal Administrativo (Portugal) bij beslissing van 3 februari 2010, ingekomen bij het Hof op 10 maart 2010, in de procedure

Foggia — Sociedade Gestora de Participações Sociais SA

tegen

Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais,

in tegenwoordigheid van:

Ministério Público,

* Procestaal: Portugees.

wijst

HET HOF (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: M. Safjan, kamerpresident, J.-J. Kasel (rapporteur) en M. Berger, rechters,

advocaat-generaal: J. Mazák,
griffier: M. Ferreira, hoofdadministrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 14 juli 2011,

gelet op de opmerkingen van:

- Foggia — Sociedade Gestora de Participações Sociais SA, vertegenwoordigd door F. Castro Silva, advogado,
- de Portugese regering, vertegenwoordigd door L. Inez Fernandes en J. Menezes Leitão als gemachtigden,
- de Spaanse regering, vertegenwoordigd door M. Muñoz Pérez als gemachtigde,
- de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door C. Wissels en M. de Ree als gemachtigden,

- de regering van het Verenigd Koninkrijk, vertegenwoordigd door F. Penlington als gemachtigde,

- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door R. Lyal en M. Afonso als gemachtigden,

gelet op de beslissing, de advocaat-generaal gehoord, om de zaak zonder conclusie te berechten,

het navolgende

Arrest

- 1 Het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 11, lid 1, sub a, 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 Foggia — Sociedade Gestora de Participações Sociais SA (hierna: „Foggia — SGPS”) en de Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais (staatssecretaris voor belastingzaken; hierna: „Secretário de Estado”) inzake de weigering van laatstbedoelde om aan Foggia — SGPS toestemming

te verlenen om fiscale verliezen over te nemen na een fusie van tot dezelfde groep behorende ondernemingen.

Rechtskader

Unierecht

- 3 Volgens de negende overweging van de considerans van richtlijn 90/434 „[moeten] de lidstaten het voordeel dat voortvloeit uit de toepassing van de bepalingen van de richtlijn [...] kunnen weigeren indien de fusie, splitsing, inbreng van activa of aandelenruil, belastingfraude of -ontwijking tot doel heeft [...]”.

- 4 Artikel 6 van richtlijn 90/434, dat deel uitmaakt van titel II van deze richtlijn, waarin regels voor fusies, splitsingen en aandelenruil zijn neergelegd, luidt:

„Indien de lidstaten, wanneer de in artikel 1 bedoelde rechtshandelingen plaatsvinden tussen vennootschappen van de staat van de inbrengende vennootschap, bepalingen toepassen die de ontvangende vennootschap de mogelijkheid bieden de in fiscaal opzicht nog niet verrekende verliezen van de inbrengende vennootschap over te nemen, breiden zij de werkingssfeer van die bepalingen uit zodat de op hun grondgebied gelegen vaste inrichtingen van de ontvangende vennootschap de in fiscaal opzicht nog niet verrekende verliezen van de inbrengende vennootschap kunnen overnemen.”

- 5 Artikel 11 van richtlijn 90/434, dat is opgenomen in titel V van deze richtlijn, „Slotbepalingen”, bepaalt in lid 1:

„De lidstaten kunnen weigeren de bepalingen van de titels II, III en IV geheel of gedeeltelijk toe te passen of het voordeel ervan tenietdoen indien blijkt dat de fusie, splitsing, inbreng van activa of aandelenruil

- a) als hoofddoel of een der hoofddoelen belastingfraude of -ontwijking heeft; het feit dat een van de in artikel 1 bedoelde rechtshandelingen niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, zoals herstructurering of rationalisering van de activiteiten van de bij de transactie betrokken vennootschappen, kan doen veronderstellen dat die transactie als hoofddoel of een van de hoofddoelen belastingfraude of -ontwijking heeft;

[...]”

Nationaal recht

- 6 Het Wetboek Vennootschapsbelasting (Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas), in de versie die op het hoofdgeding van toepassing is (hierna: „CIRC”), bevat een artikel 67 betreffende de overdraagbaarheid van fiscale verliezen, waarvan de leden 6, 7 en 10 als volgt luiden:

„6. Voor toepassing van de artikelen 68 en 70 [CIRC], met betrekking tot fusies en splitsingen van vennootschappen uit verschillende lidstaten van de Europese Unie, heeft de term ‚vennootschap’ de in de bijlage bij richtlijn 90/434 aangegeven betekenis.

7. De in de onderhavige onderafdeling ingevoerde bijzondere regeling is van toepassing op fusies en splitsingen van vennootschappen en op inbreng van activa, zoals gedefinieerd in de leden 1 tot en met 3, waarbij volgende partijen zijn betrokken:

- a) vennootschappen waarvan de zetel of de daadwerkelijke leiding zich op het Portugese grondgebied bevindt, die aan de vennootschapsbelasting zijn onderworpen en niet zijn vrijgesteld, en waarvan de belastbare winst niet is vastgesteld op basis van de vereenvoudigde regeling;
- b) een of meer vennootschappen van andere lidstaten van de Europese Unie, wanneer alle vennootschappen aan de in artikel 3 van richtlijn 90/434 neergelegde voorwaarden voldoen;

[...]

10. De bijzondere regeling is noch geheel noch gedeeltelijk van toepassing wanneer blijkt dat de transacties die onder deze regeling vallen, als hoofddoel of een der hoofddoelen belastingontwijking hebben, hetgeen met name als bewezen kan worden beschouwd wanneer de inkomsten van de betrokken ondernemingen niet volledig aan hetzelfde stelsel van vennootschapsbelasting zijn onderworpen of wanneer de transacties niet hebben plaatsgevonden op grond van zakelijke overwegingen, zoals herstructurering of rationalisering van de activiteiten van de bij de transactie betrokken vennootschappen. In dat geval wordt, indien nodig, een aanvullende belastingaanslag gevestigd.”

7 Artikel 69, leden 1 en 2, CIRC bepaalt:

„1. De fiscale verliezen van gefuseerde vennootschappen mogen in mindering worden gebracht van de belastbare winst van de nieuwe vennootschap of de overnemende

vennootschap tot op het einde van de in artikel 47, lid 1, bepaalde termijn, die loopt vanaf het boekjaar waarop deze winst betrekking heeft, op voorwaarde dat de minister van Financiën hiervoor zijn toestemming geeft, die op verzoek van de belanghebbenden aan het Directoraat-generaal belastingen wordt afgegeven vóór het einde van de maand volgend op deze waarin de fusie in het handelsregister is ingeschreven.

2. De toestemming wordt slechts verleend indien wordt aangetoond dat de fusie gebeurde op grond van zakelijke overwegingen, zoals de herstructurering of rationalisering van de activiteiten van de betrokken vennootschappen, en dat zij een onderdeel vormt van een strategie van economische herstructurering en ontwikkeling van de onderneming op middellange of lange termijn, met positieve gevolgen voor de productiestructuur. In het kader daarvan dienen alle noodzakelijke of bruikbare gegevens te worden verstrekt, zodat een volledig inzicht in alle juridische en economische aspecten van de betrokken transactie wordt geboden.”

Hoofdingeding en prejudiciële vragen

- 8 Bij fusie van 29 september 2003 heeft Foggia — SGPS, een vennootschap naar Portugees recht die actief is als holding, drie andere holdings overgenomen die tot dezelfde groep behoorden.

- 9 Bij op 28 november 2003 bij de Secretário de Estado ingekomen verzoek heeft Foggia — SGPS overeenkomstig artikel 69, lid 1, CIRC toestemming aangevraagd om de vastgestelde, maar nog niet verrekenende fiscale verliezen die de overgenomen holdings in de boekjaren 1997 tot en met 2002 hadden geleden, van haar eventuele belastbare winst in mindering te brengen.

- 10 De Secretário de Estado heeft dit verzoek ingewilligd voor twee van de drie vennootschappen, maar heeft bij beschikking van 6 oktober 2004 de overdracht van de fiscale verliezen van Riguardiana — SGPS SA (hierna: „Riguardiana”) geweigerd, op grond dat Foggia — SGPS bij de fusie met laatstbedoelde vennootschap geen enkel economisch belang had.

- 11 In dit verband hebben de diensten van de Secretário de Estado benadrukt dat Riguardiana voor de betreffende jaren geen participaties meer in handen had, dat zij uit haar activiteiten nauwelijks inkomsten haalde en dat zij slechts belegde in effecten. Bovendien was het niet duidelijk waar de fiscale verliezen van deze vennootschap, die volgens de belastingaangifte voor het jaar 2002 ongeveer 2 miljoen EUR bedroegen, vandaan kwamen. Het verdwijnen van Riguardiana uit de groepsstructuur kan inderdaad tot een daling van de administratieve en beheerskosten van deze groep leiden, maar volgens de Secretário de Estado kan dit gunstige effect op de structurele kosten van deze groep niet als een economisch belang voor Foggia — SGPS worden beschouwd.

- 12 Op 24 januari 2005 heeft Foggia — SGPS bij het Tribunal Central Administrativo Sul een bijzonder administratief beroep ingesteld, waarbij zij heeft verzocht om nietigverklaring van deze beschikking en om vaststelling van een administratieve rechtshandeling waarbij de overdracht van de betrokken fiscale verliezen wordt toegestaan. Dit beroep werd echter verworpen.

- 13 Op 3 december 2008 heeft Foggia — SGPS tegen dit vonnis beroep ingesteld bij het Supremo Tribunal Administrativo, de in laatste aanleg uitspraak doende rechter.

- 14 In zijn verwijzingsbeslissing brengt laatstgenoemde rechter in herinnering dat het bestaan van „zakelijke overwegingen” een van de twee in artikel 69, lid 2, CIRC opgesomde cumulatieve voorwaarden vormt, en dat de Secretário de Estado over de

discretionaire bevoegdheid beschikt om uit te maken of aan die voorwaarde is voldaan. De verwijzende rechter twijfelt evenwel aan de verenigbaarheid van de door de Secretário de Estado uitgevoerde beoordeling van de term „zakelijke overwegingen” met hetzelfde in artikel 11, lid 1, sub a, van richtlijn 90/434 vermelde begrip.

- 15 In die omstandigheden heeft het Supremo Tribunal Administrativo de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Welke betekenis en strekking heeft artikel 11, lid 1, sub a, van richtlijn [90/434], en meer in het bijzonder wat betekenen de uitdrukkingen ‚zakelijke overwegingen’ en ‚herstructurering of rationalisering van de activiteiten’ van vennootschappen die betrokken zijn bij transacties in de zin van richtlijn [90/434]?

2) Is met de voormelde communautaire bepaling verenigbaar het standpunt van de belastingdienst, dat er geen zakelijke overwegingen waren die het verzoek van de overnemende vennootschap om overdracht van de fiscale verliezen rechtvaardigden, omdat volgens die dienst het economisch belang van de fusie vanuit het oogpunt van de overnemende vennootschap niet vanzelfsprekend was, gelet op het feit dat de overgenomen vennootschap in het geheel geen activiteiten had verricht als houdstermaatschappij en ook geen financiële deelnemingen bezat, zodat zij slechts aanzienlijke verliezen overdroeg, al is daarbij wel in aanmerking genomen dat de fusie mogelijksterwijs een positief effect kon hebben op de kostenstructuur van de groep?”

Bevoegdheid van het Hof en ontvankelijkheid van het verzoek om een prejudiciële beslissing

- 16 In haar schriftelijke opmerkingen heeft de Portugese regering enerzijds geconcludeerd dat het Hof niet bevoegd is om over het verzoek om een prejudiciële beslissing uitspraak te doen en heeft zij anderzijds aangevoerd dat dit verzoek niet-ontvankelijk is, omdat de door de verwijzende rechter gestelde vragen niet relevant zijn.
- 17 In de eerste plaats betoogt deze regering dat het hoofdgeding zich in een louter nationale context afspeelt, zodat kan worden betwijfeld of dit geding onder de werkingssfeer van richtlijn 90/434 valt en of het Hof dus wel bevoegd is, aangezien het Unierecht de bij de verwijzende rechter aanhangig zijnde zaak noch direct noch indirect beheerst.
- 18 In dit verband zij eraan herinnerd dat het Hof overeenkomstig artikel 267, eerste alinea, VWEU met name bevoegd is om bij wijze van prejudiciële beslissing een uitspraak te doen over „de uitlegging van de verdragen” en „de uitlegging van de handelingen van de instellingen [...] van de Unie”.
- 19 Vaststaat dat het hoofdgeding betrekking heeft op een bepaling van nationaal recht die in een zuiver interne situatie van toepassing is.
- 20 Uit het dossier waarover het Hof beschikt, blijkt evenwel dat nationale en grensoverschrijdende herstructureringen overeenkomstig artikel 67 CIRC aan dezelfde fiscale regeling voor fusies zijn onderworpen, en dat de in artikel 11, lid 1, sub a, van richtlijn 90/434 neergelegde regel op basis waarvan toepassing van deze fiscale regeling kan

worden geweigerd wanneer er geen zakelijke overwegingen bestaan, ook voor louter interne situaties moet gelden.

- 21 Volgens vaste rechtspraak van het Hof heeft de Unie, wanneer een nationale wettelijke regeling zich voor haar oplossingen voor zuiver interne situaties conformeert aan de in het Unierecht gekozen oplossingen, teneinde inzonderheid discriminatie van nationale onderdanen of eventuele distorsies van de mededinging te voorkomen, er stellig belang bij dat ter vermijding van uiteenlopende uitleggingen in de toekomst de overgenomen bepalingen of begrippen van het Unierecht op eenvormige wijze worden uitgelegd, ongeacht de omstandigheden waarin zij toepassing moeten vinden (arresten van 17 juli 1997, Leur-Bloem, C-28/95, Jurispr. blz. I-4161, punt 32; 15 januari 2002, Andersen og Jensen, C-43/00, Jurispr. blz. I-379, punt 18, en 20 mei 2010, Modehuis A. Zwijnenburg, C-352/08, Jurispr. blz. I-4303, punt 33).
- 22 Daaraan moet worden toegevoegd dat het uitsluitend aan de nationale rechter staat de precieze strekking van die verwijzing naar het Unierecht te beoordelen, en dat het Hof enkel bevoegd is om de bepalingen van dat recht te onderzoeken en uit te leggen (reeds aangehaalde arresten Leur-Bloem, punt 33, en Modehuis A. Zwijnenburg, punt 34).
- 23 Hieruit volgt dat het Hof bevoegd is om een antwoord te geven op de door het Supremo Tribunal Administrativo gestelde vragen inzake de uitlegging van richtlijn 90/434, ook al regelen de bepalingen van deze richtlijn de in het hoofdgeding aan de orde zijnde situatie niet rechtstreeks.
- 24 In de tweede plaats betoogt de Portugese regering dat het verzoek om een prejudiciële beslissing niet-ontvankelijk is omdat er geen verband bestaat tussen enerzijds de gevraagde uitlegging van artikel 11, lid 1, sub a, van richtlijn 90/434, waarvan de formulering is overgenomen in artikel 67, lid 10, CIRC, en anderzijds het voorwerp van

het hoofdgeding, dat betrekking heeft op artikel 69, lid 2, CIRC inzake de in artikel 6 van de richtlijn bedoelde overdraagbaarheid van fiscale verliezen.

- 25 Overeenkomstig vaste rechtspraak van het Hof is het, in het kader van de in artikel 267 VWEU neergelegde samenwerking tussen het Hof en de nationale rechterlijke instanties, uitsluitend een zaak van de nationale rechter aan wie het geschil is voorgelegd en die de verantwoordelijkheid voor de te geven rechterlijke beslissing draagt, om, gelet op de bijzonderheden van het geval, zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van zijn vonnis te beoordelen, als de relevantie van de vragen die hij aan het Hof voorlegt. Wanneer de vragen betrekking hebben op de uitlegging van Unierecht, is het Hof derhalve in beginsel verplicht daarop te antwoorden (zie met name reeds aangehaald arrest *Leur-Bloem*, punt 24; arresten van 22 december 2008, *Les Vergers du Vieux Tauves*, C-48/07, blz. I-10627, punt 16, en 8 september 2011, *Paint Graphos e.a.*, C-78/08–C-80/08, Jurispr. blz. I-7611, punt 30).
- 26 Op de vragen betreffende de uitlegging van het Unierecht, die de nationale rechter binnen het onder zijn eigen verantwoordelijkheid geschetste feitelijke en wettelijke kader heeft gesteld en ten aanzien waarvan het niet aan het Hof is de juistheid te onderzoeken, rust immers een vermoeden van relevantie. Het Hof kan slechts weigeren uitspraak te doen op een verzoek om een prejudiciële beslissing van een nationale rechter wanneer duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging van het Unierecht geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, of wanneer het vraagstuk van hypothetische aard is of het Hof niet beschikt over de gegevens, feitelijk en rechtens, die noodzakelijk zijn om een zinvol antwoord te geven op de gestelde vragen (zie arrest van 7 juni 2007, *Van der Weerd e.a.*, C-222/05–C-225/05, Jurispr. blz. I-4233, punt 22, en reeds aangehaalde arresten *Les Vergers du Vieux Tauves*, punt 17, en *Paint Graphos e.a.*, punt 31).
- 27 In casu kan echter niet op goede gronden worden betoogd dat de uitlegging van richtlijn 90/434 geen enkel verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, of dat het vraagstuk van hypothetische aard is, aangezien het

verzoek van de verwijzende rechter juist ertoe strekt hem in staat te stellen te antwoorden op een vraag betreffende de verenigbaarheid van de stelling die de Secretário de Estado inzake het begrip „zakelijke overwegingen” verdedigt, met ditzelfde in artikel 11, lid 1, sub a, van deze richtlijn neergelegde begrip.

- 28 Hieruit volgt dat het verzoek om een prejudiciële beslissing, anders dan de Portugese regering betoogt, ontvankelijk moet worden verklaard.
- 29 Gelet op de formulering van de tweede vraag zij niettemin herinnerd aan de vaste rechtspraak op grond waarvan het Hof in het kader van een overeenkomstig artikel 267 VWEU ingeleide procedure weliswaar niet bevoegd is om uitspraak te doen over de verenigbaarheid van het nationale recht met het Unierecht of om nationale wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen uit te leggen, maar wel bevoegd is om de verwijzende rechter alle uitleggingsgegevens met betrekking tot het Unierecht te verschaffen die hem in staat stellen deze verenigbaarheid te beoordelen bij de beslechting van het bij hem aanhangige geding (zie met name arresten van 15 december 1993, *Hünermund e.a.*, C-292/92, Jurispr. blz. I-6787, punt 8, en 6 maart 2007, *Placanica e.a.*, C-338/04, C-359/04 en C-360/04, Jurispr. blz. I-1891, punt 36).
- 30 Gelet op een en ander moet worden geoordeeld dat de verwijzende rechter met zijn twee vragen, die samen moeten worden onderzocht, in wezen wenst te vernemen of artikel 11, lid 1, sub a, van richtlijn 90/434 aldus moet worden uitgelegd dat een fusie tussen twee ondernemingen van dezelfde groep kan worden geacht te hebben plaatsgevonden op grond van „zakelijke overwegingen”, in de zin van deze bepaling, wanneer zij een positief effect heeft op de structurele kosten van deze groep, hoewel de overgenomen onderneming geen enkele activiteit uitoefent, geen financiële participaties aanhoudt en slechts grote verliezen aan de overnemende onderneming overdraagt.

Beantwoording van de prejudiciële vragen

- 31 Om te beginnen zij beklemtoond dat de bij richtlijn 90/434 ingevoerde gemeenschappelijke fiscale regeling verschillende fiscale voordelen behelst en zonder onderscheid van toepassing is op elke fusie, splitsing, inbreng van activa en aandelenruil, ongeacht om welke redenen deze plaatsvindt en of deze van financiële, economische of zuiver fiscale aard zijn (zie reeds aangehaald arrest Leur-Bloem, punt 36, en arrest van 5 juli 2007, Kofoed, C-321/05, Jurispr. blz. I-5795, punt 30).
- 32 De redenen voor de voorgenomen transactie zijn daarentegen wel van belang bij de tenuitvoerlegging van de bij artikel 11, lid 1, van deze richtlijn aan de lidstaten verleende mogelijkheid om te weigeren de bepalingen van deze richtlijn toe te passen (reeds aangehaald arrest Modehuis A. Zwijnenburg, punt 42).
- 33 Meer in het bijzonder kunnen de lidstaten krachtens artikel 11, lid 1, sub a, van richtlijn 90/434, bij wijze van uitzondering en in specifieke gevallen, weigeren de richtlijn geheel of gedeeltelijk toe te passen of het voordeel ervan tenietdoen, met name indien blijkt dat de aandelenruil als hoofddoel of een der hoofddoelen belastingfraude of -ontwijking heeft. Deze bepaling preciseert bovendien dat het feit dat een transactie niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, zoals herstructurering of rationalisering van de activiteiten van de bij de transactie betrokken vennootschappen, kan doen veronderstellen dat die transactie een dergelijk doel heeft (zie in die zin reeds aangehaalde arresten Leur-Bloem, punten 38 en 39, en Kofoed, punt 37).
- 34 Wat het begrip „zakelijke overwegingen” in de zin van artikel 11, lid 1, sub a, betreft, heeft het Hof reeds kunnen preciseren dat uit de tekst en de doelstellingen van artikel 11 en van richtlijn 90/434 in het algemeen blijkt dat dit begrip ruimer is dan het louter nastreven van een zuiver fiscaal voordeel. Een aandelenfusie die enkel een

dergelijk doel wil bereiken, levert derhalve geen zakelijke overweging op in de zin van dit artikel (reeds aangehaald arrest Leur-Bloem, punt 47).

- 35 Bijgevolg kan een fusie waaraan verschillende doelstellingen, waaronder eventueel ook fiscale overwegingen, ten grondslag liggen, op grond van zakelijke overwegingen plaatsvinden, op voorwaarde echter dat deze fiscale overwegingen in het kader van de voorgenomen transactie niet doorslaggevend zijn.
- 36 Overeenkomstig artikel 11, lid 1, sub a, van richtlijn 90/434 kan de vaststelling dat een fusie er slechts toe strekt een belastingvoordeel te verkrijgen, en dus niet op grond van zakelijke overwegingen plaatsvindt, immers doen veronderstellen dat deze transactie als hoofddoel of een der hoofddoelen belastingfraude of -ontwijking heeft.
- 37 Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat de bevoegde nationale autoriteiten zich bij het onderzoek of de voorgenomen transactie een dergelijk doel nastreeft, niet ertoe mogen beperken vooraf vastgestelde algemene criteria toe te passen, maar in elk concreet geval de betreffende transactie in haar geheel moeten onderzoeken. De vaststelling van een voorschrift van algemene strekking dat bepaalde soorten van transacties automatisch van het belastingvoordeel uitsluit, zonder rekening te houden met de vraag of er daadwerkelijk sprake is van belastingontwijking of -fraude, gaat namelijk verder dan ter voorkoming van zulke fraude of ontwijking nodig is en doet af aan de door richtlijn 90/434 nagestreefde doelstelling (reeds aangehaald arrest Leur-Bloem, punten 41 en 44).
- 38 In het kader van dat algemene onderzoek moet rekening worden gehouden met de door de verwijzende rechter vermelde factoren, namelijk het feit dat de overgenomen onderneming op het tijdstip van de fusie zelf geen beheersactiviteiten meer

uitoefende en geen financiële participaties meer aanhield en het feit dat de overnemende onderneming de in fiscaal opzicht nog niet verrekende verliezen van de overgenomen onderneming wilde overnemen.

- 39 Geen van deze factoren kan op zich echter als doorslaggevend worden beschouwd.
- 40 Een fusie of herstructurering in de vorm van de overname van een onderneming die geen activiteiten uitoefent en geen eigen activa in de overnemende onderneming inbrengt, kan vanuit het oogpunt van laatstbedoelde immers toch op grond van zakelijke overwegingen hebben plaatsgevonden.
- 41 Ook is het niet uitgesloten dat een fusie door overname van een onderneming met dergelijke verliezen op grond van zakelijke overwegingen kan plaatsvinden, aangezien artikel 6 van richtlijn 90/434 uitdrukkelijk verwijst naar bepalingen die de mogelijkheid bieden de in fiscaal opzicht nog niet verrekende verliezen van de overgenomen vennootschap over te nemen.
- 42 Dat deze fiscale verliezen erg groot zijn en dat de herkomst ervan niet duidelijk is vastgesteld, kan daarentegen wel een aanwijzing voor belastingfraude of -ontwijking zijn, wanneer de fusie door overname van een onderneming zonder inbreng van activa slechts tot doel heeft een zuiver fiscaal voordeel te verkrijgen.
- 43 Met een beroep op de in artikel 11, lid 1, sub a, van richtlijn 90/434 gehanteerde termen „herstructurering” en „rationalisering”, vraagt de verwijzende rechter zich bijgevolg af of het positieve effect op de structurele kosten, dat uit de vermindering van de administratieve en beheerskosten van de groep als gevolg van de fusie door overname voortvloeit, een zakelijke overweging in de zin van dit artikel kan opleveren.

- 44 Om deze vraag te kunnen beantwoorden, moet worden gepreciseerd dat artikel 11, lid 1, sub a, van richtlijn 90/434 een uitzondering op de bij richtlijn 90/434 vastgestelde fiscale regels vormt, die strikt moet worden uitgelegd, rekening houdend met de bewoordingen en de doelstelling ervan en met de context waarin deze bepaling moet worden geplaatst (reeds aangehaald arrest *Modehuis A. Zwijnenburg*, punt 46).
- 45 Uit de bewoordingen van dit artikel 11, lid 1, sub a, en meer in het bijzonder uit de woorden „zoals herstructurering of rationalisering”, blijkt dat de aldus bedoelde transacties voorbeelden van zakelijke overwegingen zijn en dat zij in overeenstemming met laatstbedoeld begrip moeten worden uitgelegd.
- 46 Zoals het Hof in punt 47 van het voormelde arrest *Leur-Bloem* al heeft geoordeeld, hebben de begrippen herstructurering en rationalisering dus een ruimere invulling dan het louter nastreven van een zuiver fiscaal voordeel en kan een herstructurering of rationalisering die enkel een dergelijk doel nastreeft, geen zakelijke overweging in de zin van die bepaling opleveren.
- 47 Bijgevolg verzet in beginsel niets zich ertegen dat een fusie, door middel waarvan een groep wordt geherstructureerd of gerationaliseerd zodat de administratieve en beheerskosten ervan kunnen worden verminderd, uit zakelijke overwegingen kan plaatsvinden. Dat is echter niet het geval bij een overname, zoals de in het hoofdgeding aan de orde zijnde, waaruit lijkt voort te vloeien dat de structurele kostenbesparing binnen de betrokken groep volstrekt marginaal is in vergelijking met het bedrag van het verwachte fiscale voordeel, namelijk meer dan 2 miljoen EUR.
- 48 Hieraan zij toegevoegd dat de kostenbesparing als gevolg van de vermindering van de administratieve en de beheerskosten bij het verdwijnen van de overgenomen onderneming, inherent is aan elke fusie door overname, aangezien een dergelijke transactie per definitie voor een vereenvoudiging van de groepsstructuur zorgt.

- 49 Indien stelselmatig zou worden erkend dat de uit de vermindering van de administratieve en beheerskosten voortvloeiende besparing van structurele kosten een zakelijke overweging vormt, zonder rekening te houden met de andere doelstellingen van de voorgenoemde transactie en meer in het bijzonder met de fiscale voordelen ervan, zou de in artikel 11, lid 1, sub a, van richtlijn 90/434 neergelegde regel zijn doel verliezen, dat erin bestaat de financiële belangen van de lidstaten te beschermen door overeenkomstig de negende overweging van de considerans van deze richtlijn voor hen in de mogelijkheid te voorzien om in geval van belastingfraude of -ontwijking de toepassing van de in de richtlijn neergelegde bepalingen te weigeren.
- 50 Overigens zij eraan herinnerd dat artikel 11, lid 1, sub a, van richtlijn 90/434 een weerspiegeling is van het algemene beginsel van Unierecht dat rechtsmisbruik verboden is. De toepassing van regels van Unierecht kan niet zo ver gaan dat misbruiken worden gedekt, met andere woorden transacties die niet zijn verricht in het kader van normale handelsverrichtingen, maar uitsluitend met het doel om de door het Unierecht toegekende voordelen op onrechtmatige wijze te verkrijgen (zie in die zin arresten van 9 maart 1999, *Centros*, C-212/97, Jurispr. blz. I-1459, punt 24, en 21 februari 2006, *Halifax e.a.*, C-255/02, Jurispr. blz. I-1609, punten 68 en 69, alsmede reeds aangehaald arrest *Kofoed*, punt 38).
- 51 In dit verband moet de verwijzende rechter aan de hand van de in de punten 39 tot en met 51 van het onderhavige arrest vermelde criteria nagaan of, gelet op alle omstandigheden van het geding waarin hij uitspraak moet doen, alle bestanddelen van het in artikel 11, lid 1, sub a, van richtlijn 90/434 neergelegde vermoeden van belastingfraude of -ontwijking in het kader van dit geding zijn vervuld.
- 52 Op de gestelde vragen, zoals die in punt 30 van het onderhavige arrest zijn geformuleerd, moet dus worden geantwoord dat artikel 11, lid 1, sub a, van richtlijn 90/434 aldus moet worden uitgelegd dat bij een fusie tussen twee vennootschappen die tot dezelfde groep behoren, het feit dat de overgenomen vennootschap ten tijde van de fusie geen activiteiten uitoefent, geen financiële participaties aanhoudt en aan

de overnemende vennootschap slechts grote verliezen van onbestemde oorsprong overdraagt, kan doen veronderstellen dat aan deze transactie geen „zakelijke overwegingen” in de zin van deze bepaling ten grondslag liggen, ook al heeft deze transactie als positief effect dat de groep structurele kosten bespaart. De verwijzende rechter moet, gelet op alle omstandigheden van het geding waarin hij uitspraak moet doen, nagaan of alle bestanddelen van het vermoeden van belastingfraude of -ontwijking, in de zin van deze bepaling, in het kader van dit geding zijn vervuld.

Kosten

- ⁵³ 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 (Vijfde kamer) verklaart voor recht:

Artikel 11, lid 1, sub a, 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, moet aldus worden uitgelegd dat bij een fusie tussen twee vennootschappen die tot dezelfde groep behoren, het feit dat de overgenomen vennootschap ten tijde van de fusie geen activiteiten uitoefent, geen financiële participaties aanhoudt en aan de overnemende vennootschap slechts grote verliezen van onbestemde oorsprong overdraagt, kan doen veronderstellen dat aan deze transactie geen „zakelijke overwegingen” in de zin van deze bepaling

ten grondslag liggen, ook al heeft deze transactie als positief effect dat de groep structurele kosten bespaart. De verwijzende rechter moet, gelet op alle omstandigheden van het geding waarin hij uitspraak moet doen, nagaan of alle bestanddelen van het vermoeden van belastingfraude of -ontwijking, in de zin van deze bepaling, in het kader van dit geding zijn vervuld.

ondertekeningen