

ARREST VAN HET HOF
17 juli 1997 *

In zaak C-28/95,

betreffende een verzoek aan het Hof krachtens artikel 177 EG-Verdrag van het Gerechtshof te Amsterdam, in het aldaar aanhangig geding tussen

A. Leur-Bloem

en

Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2,

om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van de artikelen 2, sub d, en 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 Lid-Staten (PB 1990, L 225, blz. 1),

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE,

samengesteld als volgt: G. C. Rodríguez Iglesias, president, G. F. Mancini, J. C. Moitinho de Almeida, J. L. Murray en L. Sevón, kamerpresidenten,

* Procestaal: Nederlands.

C. N. Kakouris, P. J. G. Kapteyn, C. Gulmann, D. A. O. Edward, J.-P. Puissochet, G. Hirsch, P. Jann (rapporteur) en H. Ragnemalm, rechters,

advocaat-generaal: F. G. Jacobs
griffier: H. A. Rühl, hoofdadministrateur

gelet op de schriftelijke opmerkingen ingediend door:

- A. Leur-Bloem, vertegenwoordigd door J. H. W. Lenior, belastingadviseur,
- Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2,
- de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door J. G. Lammers, waarnemend juridisch adviseur bij het Ministerie van Buitenlandse zaken, als gemachtigde,
- de Duitse regering, vertegenwoordigd door E. Röder, Ministerialrat bij het Bondsministerie van Economische zaken, en B. Kloke, Oberregierungsrat bij hetzelfde ministerie, als gemachtigden,
- de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door B. J. Drijber, lid van haar juridische dienst, als gemachtigde,

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de mondelinge opmerkingen van de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door M. Fierstra, assistent juridisch adviseur bij het Ministerie van Buitenlandse zaken, als gemachtigde, en de Commissie, vertegenwoordigd door B. J. Drijber, ter terechtzitting van 4 juni 1996,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 17 september 1996,

het navolgende

Arrest

- 1 Bij uitspraak van 26 januari 1995, ingekomen bij het Hof op 6 februari daaraanvolgend, heeft het Gerechtshof te Amsterdam krachtens artikel 177 EG-Verdrag een aantal prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van de artikelen 2, sub d, en 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 Lid-Statens (PB 1990, L 225, blz. 1; hierna: „richtlijn”).
- 2 Deze vragen zijn gerezen in een geding tussen A. Leur-Bloem en de inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2 (hierna: „inspecteur”).
- 3 Leur-Bloem, enig aandeelhouder en directeur van twee besloten vennootschappen naar Nederlands recht, was voornemens de aandelen in een derde besloten vennootschap, een holding, te kopen, waarbij de betaling zou geschieden door ruil met de aandelen in de beide eerstbedoelde vennootschappen. Na deze transactie zou Leur-Bloem niet meer rechtstreeks, doch nog slechts indirect enig aandeelhouder van de twee andere vennootschappen zijn.
- 4 Leur-Bloem is onderworpen aan de Wet op de inkomstenbelasting 1964 (hierna: „Nederlandse wet”). Ingevolge artikel 14b, lid 1, van de Nederlandse wet wordt in het kader van een aandelenfusie de winst uit aanmerkelijk belang buiten de belastingheffing gehouden. De toepassing van deze faciliteit houdt in wezen een uitstel van belastingheffing in.

5 Artikel 14b, lid 2, sub a en b, van de Nederlandse wet luidt als volgt:

„2. Een aandelenfusie wordt aanwezig geacht indien:

a) een in Nederland gevestigde vennootschap tegen uitreiking van eigen aandelen of winstbewijzen, eventueel met een bijbetaling, een zodanig bezit aan aandelen in een andere in Nederland gevestigde vennootschap verwerft dat zij meer dan de helft van de stemrechten in de laatstgenoemde vennootschap kan uitoefenen, ten einde de onderneming van die vennootschap en die van een andere in financieel en economisch opzicht duurzaam in een eenheid samen te brengen;

b) een in een Lid-Staat van de Europese Gemeenschappen gevestigde vennootschap tegen uitreiking van eigen aandelen of winstbewijzen, eventueel met een bijbetaling, een zodanig bezit aan aandelen in een in een andere Lid-Staat van de Europese Gemeenschappen gevestigde vennootschap verwerft dat zij meer dan de helft van de stemrechten in de laatstgenoemde vennootschap kan uitoefenen, ten einde de onderneming van die vennootschap en die van een andere in financieel en economisch opzicht duurzaam in een eenheid samen te brengen.”

6 Onder „onderneming” in de zin van de Nederlandse wet dient in wezen de economische activiteit van een rechtspersoon te worden verstaan, terwijl de term „vennootschap” naar de rechtspersoon verwijst.

7 Leur-Bloem verzocht de Nederlandse belastingdienst de voorgenomen transactie als een „aandelenfusie” in de zin van de Nederlandse wettelijke regeling aan te merken, zodat zij zou kunnen profiteren van belastingvrijstelling voor de eventueel uit de vervreemding van aandelen verkregen winst, en eventuele verliezen binnen de aldus tot stand gekomen fiscale eenheid zou kunnen compenseren.

- 8 De inspecteur, die van mening was dat geen sprake was van aandelenfusie in de zin van artikel 14b, lid 2, sub a, van de Nederlandse wet, wees het verzoek af.
- 9 Daarop stelde Leur-Bloem tegen die uitspraak beroep in bij het Gerechtshof te Amsterdam. Volgens haar moest de transactie namelijk als een fusie worden aangemerkt, op grond dat daarmee een nauwere samenwerking tussen de vennootschappen werd beoogd.
- 10 Volgens de inspecteur daarentegen had de voorgenomen transactie niet tot doel, de onderneming van deze vennootschappen in financieel en economisch opzicht duurzaam in een grotere eenheid samen te brengen. In financieel en economisch opzicht bestond die eenheid immers reeds, omdat beide vennootschappen dezelfde directeur en enig aandeelhouder hadden.
- 11 Volgens het Gerechtshof diende voor de beslechting van dit geding een bepaling van de Nederlandse wet te worden uitgelegd, die was ingevoegd bij de omzetting van de richtlijn in nationaal recht.
- 12 In dit verband stelde de verwijzende rechter vast, dat de richtlijn volgens de overwegingen van haar considerans strekt tot opheffing van de bepalingen van fiscale aard die onder meer fusies en aandelenruil tussen vennootschappen uit verschillende Lid-Staten benadelen ten opzichte van dergelijke transacties met betrekking tot vennootschappen van eenzelfde Lid-Staat, alsook dat in de bewoordingen van artikel 14b, lid 2, sub a, enerzijds, en sub b, anderzijds, van de Nederlandse wet geen onderscheid wordt gemaakt tussen fusies waarbij uitsluitend in Nederland gevestigde vennootschappen betrokken zijn en fusies waarbij in verschillende Lid-Staten van de Gemeenschap gevestigde vennootschappen betrokken zijn.

- 13 Ten slotte merkte hij op, dat uit de doelstellingen van de richtlijn, de tekst van de betrokken bepaling van de Nederlandse wet, alsmede de wetsgeschiedenis, inzonderheid de Memorie van Toelichting, blijkt dat de Nederlandse wetgever aandelenfusies tussen uitsluitend in Nederland gevestigde vennootschappen enerzijds en tussen in verschillende Lid-Staten gevestigde vennootschappen anderzijds op dezelfde wijze heeft willen behandelen.
- 14 Artikel 2, sub d en h, van de richtlijn luidt als volgt:

„Voor de toepassing van deze richtlijn wordt verstaan onder

(...)

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;

(...)

h) verwervende vennootschap: de vennootschap die een deelneming verwerft door middel van een effectenruil.”

Titel II van de richtlijn, bestaande uit de artikelen 4 tot en met 8, bevat de regels die van toepassing zijn op de fiscale behandeling van fusies, splitsingen en aandelenruil. Volgens artikel 8 mag de toekenning, bij onder meer een aandelenruil,

van bewijzen van deelgerechtigdheid in het maatschappelijk kapitaal van de verwervende vennootschap aan een deelgerechtigde van de verworven vennootschap in ruil voor bewijzen van deelgerechtigdheid in het maatschappelijk kapitaal van deze laatste vennootschap, op zich niet leiden tot enigerlei belastingheffing op het inkomen of de meerwaarden van deze deelgerechtigde.

Artikel 11, lid 1, sub a, van de richtlijn bepaalt:

„1. De Lid-Staten kunnen weigeren de bepalingen van de titels II, III en IV geheel of gedeeltelijk toe te passen of het voordeel ervan teniet doen 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.”

15 Van oordeel dat uitlegging van de bepalingen van de richtlijn noodzakelijk is voor de beslechting van het bij hem aanhangig geding, heeft het Gerechtshof te Amsterdam de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:

„1) Kunnen aan het Hof van Justitie vragen worden gesteld met betrekking tot de uitleg van de bepalingen en de strekking van een richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen, ook indien in de concreet aanwezige situatie die richtlijn niet rechtstreeks van toepassing is, maar de concreet aanwezige situatie naar de bedoeling van de nationale wetgever op dezelfde wijze dient te worden behandeld als een situatie waarop de richtlijn wel betrekking heeft?

Bij een bevestigende beantwoording van de eerste vraag:

- 2) a) Kan van een aandelenruil in de zin van artikel 2, aanhef en onderdeel d, van richtlijn 90/434/EEG van de Raad van 23 juli 1990 sprake zijn, indien de verwervende vennootschap in de zin van onderdeel h van dat artikel, niet zelf een onderneming drijft?
- b) Staat aan een aandelenruil in vorenbedoelde zin in de weg, dat dezelfde natuurlijke persoon die vóór de ruil enig aandeelhouder en directeur van de verworven vennootschappen was, na de ruil directeur en enig aandeelhouder van de verwervende vennootschap is?
- c) Is van een aandelenruil in vorenbedoelde zin slechts sprake, indien deze ertoe strekt de onderneming van de verwervende vennootschap en die van een ander in financieel en economisch opzicht duurzaam in een eenheid samen te brengen?
- d) Is van een aandelenruil in vorenbedoelde zin slechts sprake, indien deze ertoe strekt de ondernemingen van twee of meer verworven vennootschappen in financieel en economisch opzicht duurzaam in een eenheid samen te brengen?
- e) Is een aandelenruil die plaatsvindt teneinde horizontale fiscale verliescompensatie tussen de deelnemende vennootschappen binnen een fiscale eenheid als bedoeld in artikel 15 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 te bewerkstelligen, een voldoende zakelijke overweging voor die ruil in de zin van artikel 11 van de richtlijn?"

De eerste vraag

- 16 Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen, of het Hof krachtens artikel 177 van het Verdrag bevoegd is het gemeenschapsrecht uit te leggen wanneer dit de betrokken situatie niet rechtstreeks regelt, doch de nationale wetgever bij de omzetting van de bepalingen van een richtlijn in nationaal recht heeft besloten, zuiver interne situaties op dezelfde wijze te behandelen als situaties die onder de richtlijn vallen, en hij zijn wetgeving dus heeft aangepast aan het gemeenschapsrecht.
- 17 Volgens Leur-Bloem is het Hof bevoegd, gelet op de doelstelling van de richtlijn en het beginsel van gelijke behandeling. Wanneer immers nationale fusies en communautaire fusies niet op dezelfde wijze zouden worden behandeld, zou zulks leiden tot distorsies van de mededinging tussen concerns met dezelfde structuren, doch waarvan het ene een communautair karakter heeft en het andere niet.
- 18 Volgens de Commissie, alsmede de Nederlandse en de Duitse regering is het Hof niet bevoegd vragen te beantwoorden die geen verband houden met de werkingssfeer van de richtlijn. Dat is in casu het geval, omdat de richtlijn ingevolge artikel 1 van toepassing is op fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil waarbij vennootschappen van verschillende Lid-Staten zijn betrokken.
- 19 Voorts verwijzen de Commissie en de Nederlandse regering naar het arrest van 28 maart 1995 (zaak C-346/93, Kleinwort Benson, Jurispr. 1995, blz. I-615), dat is gewezen in het kader van het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PB 1972, L 299, blz. 32; hierna: „Executieverdrag”), en waarin het Hof zich onbevoegd heeft verklaard. Dienaangaande betogen zij dat, gezien de materiële gelijkheid van de procedures, geen onderscheid moet worden gemaakt tussen de vragen die worden gesteld in het kader van het Executieverdrag, en de vragen die krachtens artikel 177 van het Verdrag worden gesteld.

- 20 De Commissie stelt, dat volgens dit arrest het Hof slechts bevoegd is, wanneer de nationale regeling rechtstreeks en onvoorwaardelijk naar het gemeenschapsrecht verwijst. In het hoofdgeding is dit evenwel niet het geval.
- 21 De Nederlandse regering beklemtoont, dat het door het Hof te wijzen arrest niet bindend zou zijn voor de nationale rechterlijke instanties in de zin van het reeds aangehaald arrest Kleinwort Benson, omdat de gevraagde uitlegging enkel de verwijzende rechter in staat moet stellen het nationale recht toe te passen. Ook de verwijzing naar het gemeenschapsrecht in de Memorie van Toelichting bij de Nederlandse wet is niet bindend, doch zij kan enkel een gegeven zijn voor de uitlegging van deze wet.
- 22 De Duitse regering stelt, dat het Hof, gelijk het heeft verklaard in het arrest van 8 november 1990 (zaak C-231/89, Gmurzynska-Bscher, Jurispr. 1990, blz. I-4003), zich niet bij wege van prejudiciële beslissing dient uit te spreken, wanneer, zoals in de zaak in het hoofdgeding, de aan het Hof ter uitlegging voorgelegde bepaling van gemeenschapsrecht kennelijk niet van toepassing is.
- 23 Overeenkomstig artikel 177 van het Verdrag is het Hof bevoegd, bij wijze van prejudiciële beslissing, een uitspraak te doen over de uitlegging van dit Verdrag, alsmede van de handelingen van de instellingen van de Gemeenschap.
- 24 Volgens vaste rechtspraak is de procedure van artikel 177 van het Verdrag een instrument van samenwerking tussen het Hof en de nationale rechterlijke instanties. Bijgevolg staat het uitsluitend aan de nationale rechterlijke instanties waarbij het geding aanhangig is en die de verantwoordelijkheid voor het te wijzen vonnis dragen, om met inachtneming van de bijzondere omstandigheden van het concrete geval zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van hun vonnis als de juridische relevantie van de vragen die zij het Hof stellen, te beoordelen (zie inzonderheid arrest van 18 oktober 1990, gevoegde zaken C-297/88 en C-197/89, Dzodzi, Jurispr. 1990, blz. I-3763, r. o. 33 en 34, en arrest Gmurzynska-Bscher, reeds aangehaald, r. o. 18 en 19).

- 25 Wanneer de door de nationale rechterlijke instantie gestelde vragen betrekking hebben op de uitlegging van een bepaling van gemeenschapsrecht, is het Hof derhalve in beginsel verplicht daarop te antwoorden (zie arresten Dzodzi en Gmurzynska-Bscher, reeds aangehaald, r. o. 35 respectievelijk r. o. 20). Immers, uit de tekst van artikel 177 noch uit het doel van de bij dit artikel ingestelde procedure blijkt, dat de auteurs van het Verdrag de bevoegdheid van het Hof om bij wege van prejudiciële beslissing uitspraak te doen over een bepaling van gemeenschapsrecht hebben willen uitsluiten in het bijzondere geval, dat het nationale recht van een Lid-Staat naar de inhoud van die bepaling verwijst ter vaststelling van de voorschriften die in een zuiver interne situatie van die Lid-Staat van toepassing zijn (zie arresten Dzodzi en Gmurzynska-Bscher, reeds aangehaald, r. o. 36 respectievelijk r. o. 25).
- 26 Een verzoek van een nationale rechterlijke instantie kan immers slechts worden afgewezen, indien blijkt dat van de procedure van artikel 177 van het Verdrag een oneigenlijk gebruik wordt gemaakt en wel om via een geconstrueerd geschil een uitspraak van het Hof uit te lokken, of wanneer duidelijk is dat het gemeenschapsrecht rechtstreeks noch indirect van toepassing kan zijn op de omstandigheden van het geval (zie in die zin arresten Dzodzi en Gmurzynska-Bscher, reeds aangehaald, r. o. 40 respectievelijk r. o. 23).
- 27 Op grond van deze rechtspraak heeft het Hof zich herhaaldelijk bevoegd verklaard om op verzoeken om een prejudiciële beslissing betreffende bepalingen van gemeenschapsrecht uitspraak te doen in situaties waarin de feiten van het hoofdgeding buiten de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht vielen, doch waarin deze bepalingen van toepassing waren gemaakt hetzij door middel van het nationale recht, hetzij door middel van eenvoudige contractuele bepalingen (zie voor de toepassing van het gemeenschapsrecht door middel van het nationale recht, arresten Dzodzi en Gmurzynska-Bscher, reeds aangehaald, alsmede arresten van 26 september 1985, zaak 166/84, Thomasdünker, Jurispr. 1985, blz. 3001, en 24 januari 1991, zaak C-384/89, Tomatis en Fulchiron, Jurispr. 1991, blz. I-127, en voor de toepassing van het gemeenschapsrecht door middel van contractuele bepalingen, arresten van 25 juni 1992, zaak C-88/91, Federconsorzi, Jurispr. 1992, blz. I-4035, en 12 november 1992, zaak C-73/89, Fournier, Jurispr. 1992, blz. I-5621; hierna: „rechtspraak Dzodzi”). In die arresten hadden zowel de bepalingen van nationaal recht als de contractuele bepalingen waarin de communautaire bepalingen waren overgenomen, de toepassing van deze laatste kennelijk niet beperkt.

- 28 In het arrest Kleinwort Benson (reeds aangehaald) daarentegen heeft het Hof zich onbevoegd verklaard om uitspraak te doen op een verzoek om een prejudiciële beslissing betreffende het Executieverdrag.
- 29 In dat arrest wees het Hof erop (r. o. 19), dat, anders dan in de rechtspraak Dzodzi, de bepalingen van het Executieverdrag waarvan het Hof om uitlegging was gevraagd, als zodanig niet door het recht van de betrokken Verdragsluitende Staat toepasselijk waren gemaakt, maar dat de betrokken nationale wet enkel naar het Executieverdrag was gemodelleerd en de bewoordingen ervan slechts gedeeltelijk had overgenomen (r. o. 16). Voorts stelde het vast (r. o. 18), dat de wet uitdrukkelijk voorzag in de mogelijkheid, dat de autoriteiten van de Verdragsluitende Staat wijzigingen vaststellen „die tot verschillen leiden” tussen de bepalingen van die wet en de overeenkomstige bepalingen van het Executieverdrag. Bovendien maakte de wet uitdrukkelijk onderscheid tussen bepalingen die van toepassing waren op communautaire situaties, en die welke van toepassing waren op interne situaties. In het eerste geval waren de nationale rechterlijke instanties bij de uitlegging van de relevante bepalingen van de wet gebonden door de rechtspraak van het Hof inzake het Executieverdrag, terwijl zij in het tweede geval daarmee slechts rekening behoeften te houden, zodat zij daarvan konden afwijken.
- 30 Dat is in casu evenwel niet het geval.
- 31 De nationale rechter is van oordeel, dat het begrip „aandelenfusie”, bezien in zijn communautaire context, moet worden uitgelegd om het bij hem aanhangige geschil te kunnen beslechten, dat dit begrip in de richtlijn voorkomt, dat het is overgenomen in de nationale wet tot omzetting van de richtlijn en dat het mede van toepassing is verklaard op vergelijkbare zuiver interne situaties.
- 32 Wanneer een nationale wettelijke regeling zich voor haar oplossingen voor zuiver interne situaties conformeert aan de in het gemeenschapsrecht gekozen oplossingen, teneinde inzonderheid discriminaties ten nadele van nationale onderdanen of, zoals in de zaak in het hoofdgeding, eventuele distorsies van de mededinging te voorkomen, heeft de Gemeenschap er immers stellig belang bij, dat ter vermijding

van uiteenlopende uitleggingen in de toekomst de overgenomen bepalingen of begrippen van het gemeenschapsrecht op eenvormige wijze worden uitgelegd, ongeacht de omstandigheden waaronder zij toepassing moeten vinden (zie in die zin arrest Dzodzi, reeds aangehaald, r. o. 37).

33 Evenwel zij gepreciseerd dat het in een dergelijk geval in het kader van de door artikel 177 beoogde bevoegdheidsverdeling tussen de nationale rechter en het Hof uitsluitend aan de nationale rechter staat, de precieze strekking van die verwijzing naar het gemeenschapsrecht te beoordelen, en het Hof enkel bevoegd is om de bepalingen van het gemeenschapsrecht te onderzoeken (arresten Dzodzi en Federconsorzi, reeds aangehaald, r. o. 41 en 42, respectievelijk r. o. 10). Welke grenzen de nationale wetgever eventueel heeft gesteld aan de toepassing van het gemeenschapsrecht op zuiver interne situaties, is immers een vraag van nationaal recht, die derhalve uitsluitend door de rechterlijke instanties van de betrokken Lid-Staten kan worden beoordeeld (arrest Dzodzi, reeds aangehaald, r. o. 42, en arrest van 12 november 1992, zaak C-73/89, Fournier, Jurispr. 1992, blz. I-5621, r. o. 23).

34 Uit al het voorgaande volgt, dat op de eerste vraag moet worden geantwoord, dat het Hof krachtens artikel 177 van het Verdrag bevoegd is het gemeenschapsrecht uit te leggen wanneer dit de betrokken situatie niet rechtstreeks regelt, doch de nationale wetgever bij de omzetting van de bepalingen van een richtlijn in nationaal recht heeft besloten, zuiver interne situaties op dezelfde wijze te behandelen als situaties die door de richtlijn worden geregeld, en hij zijn nationale wetgeving dus heeft aangepast aan het gemeenschapsrecht.

De tweede vraag

De tweede vraag, sub a tot en met d

35 De tweede vraag, sub a tot en met d, van de verwijzende rechter betreft artikel 2, sub d, van de richtlijn, waarin de term aandelenruil wordt gedefinieerd. Gelet op de bewoordingen van deze vraag heeft zij evenwel in feite betrekking op de

voorwaarde inzake het in financieel en economisch opzicht duurzaam in één eenheid samenbrengen van de onderneming van de twee vennootschappen, welke voorwaarde in artikel 2, sub d, van de richtlijn niet voorkomt, doch door de Nederlandse wetgever bij de omzetting van de richtlijn aan de definitie van de richtlijn is toegevoegd. Blijkens de stukken van het hoofdgeding is deze voorwaarde opgenomen om, zoals op grond van artikel 11 van de richtlijn is toegestaan, rechtshandelingen die hoofdzakelijk belastingfraude of -ontwijking tot doel hebben, uit te sluiten van de toekenning van de fiscale voordelen waarin de richtlijn voorziet. De tweede vraag, sub a tot en met d, moet dus niet alleen worden onderzocht met inachtneming van artikel 2, sub d, maar ook met inachtneming van artikel 11 van de richtlijn, volgens hetwelk aan de Lid-Staten met name op dit punt een bevoegdheid werd voorbehouden.

- 36 In de eerste plaats zij opgemerkt, dat uit artikel 2, sub d, alsmede uit het algemene stelsel van de richtlijn voortvloeit, dat de bij de richtlijn ingevoerde gemeenschappelijke fiscale regeling, die verschillende fiscale voordelen behelst, 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 is.
- 37 Derhalve staat het feit, dat de verwervende vennootschap in de zin van artikel 2, sub h, van de richtlijn niet zelf een onderneming drijft, of dat dezelfde natuurlijke persoon die enig aandeelhouder en directeur van de verworven vennootschappen was, enig aandeelhouder en directeur van de verwervende vennootschap wordt, niet eraan in de weg dat de rechtshandeling als een aandelenruil in de zin van artikel 2, sub d, van de richtlijn wordt aangemerkt. Evenmin is het noodzakelijk, dat de onderneming van twee vennootschappen in financieel en economisch opzicht duurzaam in één eenheid wordt samengebracht, om deze rechtshandeling als een aandelenruil in de zin van deze bepaling te kunnen aanmerken.
- 38 In de tweede plaats zij opgemerkt, dat de Lid-Staten ingevolge artikel 11, lid 1, sub a, de bepalingen van de richtlijn, daaronder begrepen de fiscale voordelen waarop het hoofdgeding betrekking heeft, geheel of gedeeltelijk buiten toepassing mogen laten of het voordeel ervan teniet mogen doen indien blijkt dat de fusie, splitsing, inbreng van activa of aandelenruil onder meer als hoofddoel of een der hoofddoelen belastingfraude of -ontwijking heeft.

39 Artikel 11, lid 1, sub a, preciseert dat de Lid-Staat in het kader van deze voorbehouden bevoegdheid kan bepalen dat er sprake is van een vermoeden van belastingfraude of -ontwijking, wanneer „een van de (...) bedoelde rechtshandelingen niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, zoals herstructurering of rationalisering van de activiteiten van de bij de transactie betrokken vennootschappen”.

40 Uit de artikelen 2, sub d en h, en 11, lid 1, sub a, volgt dus, dat de Lid-Staten de in de richtlijn bedoelde fiscale voordelen moeten toekennen voor de in artikel 2, sub d, bedoelde aandelenruil, tenzij belastingfraude of -ontwijking het hoofddoel of een der hoofddoelen van deze rechtshandeling is. In dat verband kunnen de Lid-Staten bepalen, dat het feit dat deze rechtshandelingen niet op grond van zakelijke overwegingen hebben plaatsgevonden, een vermoeden van belastingfraude of -ontwijking oplevert.

41 Bij het onderzoek of de bedoelde rechtshandeling een dergelijk doel heeft, kunnen de bevoegde nationale autoriteiten zich evenwel niet ertoe beperken vooraf vastgestelde algemene criteria toe te passen, doch moeten zij in elk concreet geval deze rechtshandeling in haar geheel onderzoeken. Volgens vaste rechtspraak dient een dergelijk onderzoek vatbaar te zijn voor rechterlijke toetsing (zie in die zin arrest van 31 maart 1993, zaak C-19/92, Kraus, Jurispr. 1993, blz. I-1663, r. o. 40).

42 Dit onderzoek kan eventueel mede de door de verwijzende rechter in zijn tweede vraag, sub a tot en met d, genoemde elementen omvatten. Geen van deze elementen kan evenwel op zichzelf doorslaggevend worden geacht. Een fusie of herstructurering in de vorm van een aandelenruil als gevolg waarvan een nieuwe houdstermaatschappij ontstaat die dus geen onderneming bezit, kan immers worden geacht op grond van zakelijke overwegingen te hebben plaatsgevonden. Dergelijke overwegingen kunnen eveneens een juridische herstructurering van vennootschappen noodzakelijk maken, die in economisch en financieel opzicht reeds een eenheid vormen. Evenmin is het uitgesloten dat zakelijke overwegingen ten grondslag kunnen liggen aan een aandelenfusie die voor een beperkte periode en niet duurzaam een bepaalde structuur in het leven wil roepen, ook al kan zulks een aanwijzing voor belastingfraude of -ontwijking vormen.

43 Bij gebreke van gemeenschapsrechtelijke bepalingen die de toepassing van het in artikel 11, lid 1, sub a, bedoelde vermoeden nader preciseren, dienen de Lid-Staten

met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel de hiertoe noodzakelijke nadere bepalingen vast te stellen.

- 44 De vaststelling van een voorschrift van algemene strekking waarbij bepaalde categorieën van rechtshandelingen automatisch van het belastingvoordeel worden uitgesloten op basis van criteria als die genoemd in de tweede vraag, sub a tot en met d, ongeacht of er werkelijk sprake is van belastingfraude of -ontwijking, zou verder gaan dan noodzakelijk is om een dergelijke belastingfraude of -ontwijking te voorkomen en zou afbreuk doen aan het door de richtlijn nagestreefde doel. Dat zou eveneens het geval zijn, indien een dergelijk voorschrift gepaard gaat met een eenvoudige mogelijkheid van afwijking welke ter discretie van de administratieve instantie wordt gelaten.
- 45 Een dergelijke uitlegging is in overeenstemming met de doelstellingen van zowel de richtlijn als artikel 11 daarvan. Volgens de eerste overweging van de considerans heeft de richtlijn immers tot doel, concurrentie-neutrale belastingvoorschriften tot stand te brengen 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. In deze overweging heet het eveneens, dat fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil waarbij vennootschappen uit verschillende Lid-Staten zijn betrokken, niet moeten worden belemmerd door uit de fiscale voorschriften van de Lid-Staten voortvloeiende bijzondere beperkingen, nadelen of distorsies. Enkel wanneer de voorgenomen rechtshandeling belastingfraude of -ontwijking tot doel heeft, kunnen de Lid-Staten volgens artikel 11, alsmede volgens de laatste overweging van de considerans weigeren de richtlijn toe te passen.

De tweede vraag sub e

- 46 Met zijn tweede vraag sub e wenst de nationale rechter te vernemen, of horizontale fiscale verliescompensatie tussen de bij de rechtshandeling betrokken vennootschappen een zakelijke overweging in de zin van artikel 11 van de richtlijn is.
- 47 Uit de tekst en de doelstellingen van artikel 11 en van de richtlijn blijkt, dat het begrip „zakelijke overwegingen” ruimer is dan het louter nastreven van een zuiver

fiscaal voordeel. Derhalve kan een aandelenfusie die enkel een dergelijk doel wil bereiken, geen zakelijke overweging in de zin van dit artikel opleveren.

48 Mitsdien moet op de tweede vraag worden geantwoord:

- a) Artikel 2, sub d, van de richtlijn vereist niet, dat de verwervende vennootschap in de zin van artikel 2, sub h, van deze richtlijn zelf een onderneming drijft, noch dat de onderneming van twee vennootschappen in financieel en economisch opzicht duurzaam in één eenheid wordt samengebracht. Ook de omstandigheid dat dezelfde natuurlijke persoon die enig aandeelhouder en directeur van de verworven vennootschappen was, enig aandeelhouder en directeur van de verwervende vennootschap wordt, staat niet eraan in de weg dat de betrokken rechtshandeling als een aandelenfusie kan worden aangemerkt.

- b) Artikel 11 van de richtlijn moet aldus worden uitgelegd, dat bij het onderzoek of de voorgenomen rechtshandeling belastingfraude of -ontwijking als hoofddoel of een der hoofddoelen heeft, de bevoegde nationale autoriteiten in elk concreet geval deze rechtshandeling in haar geheel moeten onderzoeken. Een dergelijk onderzoek dient vatbaar te zijn voor rechterlijke toetsing. Overeenkomstig artikel 11, lid 1, sub a, van de richtlijn kunnen de Lid-Staten bepalen, dat het feit dat de voorgenomen rechtshandeling niet op grond van zakelijke overwegingen heeft plaatsgevonden, een vermoeden van belastingfraude of -ontwijking oplevert. Zij dienen met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel de daarvoor noodzakelijke nationale procedures vast te stellen. De vaststelling van een voorschrift van algemene strekking waarbij bepaalde categorieën van rechtshandelingen automatisch van het belastingvoordeel worden uitgesloten op basis van criteria als genoemd in het tweede antwoord sub a, ongeacht of er werkelijk sprake is van belastingfraude of -ontwijking, zou verder gaan dan noodzakelijk is om een dergelijke belastingfraude of -ontwijking te voorkomen en zou afbreuk doen aan het door de richtlijn nagestreefde doel.

- c) Het begrip „zakelijke overweging” in de zin van artikel 11 van de richtlijn moet aldus worden uitgelegd, dat het ruimer is dan het nastreven van een zuiver fiscaal voordeel als horizontale verliescompensatie.

Kosten

- 49 De kosten door de Nederlandse en de Duitse regering alsmede door de Commissie van de Europese Gemeenschappen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakt, kunnen niet voor vergoeding in aanmerking komen. 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.

HET HOF VAN JUSTITIE,

uitspraak doende op de door het Gerechtshof te Amsterdam bij uitspraak van 26 januari 1995 gestelde vragen, verklaart voor recht:

- 1) Het Hof is krachtens artikel 177 EG-Verdrag bevoegd het gemeenschapsrecht uit te leggen wanneer dit de betrokken situatie niet rechtstreeks regelt, doch de nationale wetgever bij de omzetting van de bepalingen van een richtlijn in nationaal recht heeft besloten, zuiver interne situaties op dezelfde wijze te behandelen als situaties die door de richtlijn worden geregeld, en hij zijn nationale wetgeving dus heeft aangepast aan het gemeenschapsrecht.

- 2) a) Artikel 2, sub d, 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 Lid-Staten, vereist niet, dat de verwervende vennootschap in de zin van artikel 2, sub h, van deze richtlijn zelf een onderneming drijft, noch dat de onderneming van twee vennootschappen in financieel en economisch opzicht duurzaam in één eenheid wordt samengebracht. Ook de omstandigheid dat dezelfde natuurlijke persoon die enig aandeelhouder en directeur van de verworven vennootschappen was, enig aandeelhouder en directeur van de verwervende vennootschap wordt,

staat niet eraan in de weg dat de betrokken rechtshandeling, als een aandelenfusie kan worden aangemerkt.

- b) Artikel 11 van richtlijn 90/434 moet aldus worden uitgelegd, dat bij het onderzoek of de voorgenomen rechtshandeling belastingfraude of -ontwijking als hoofddoel of een der hoofddoelen heeft, de bevoegde nationale autoriteiten in elk concreet geval deze rechtshandeling in haar geheel moeten onderzoeken. Een dergelijk onderzoek dient vatbaar te zijn voor rechterlijke toetsing. Overeenkomstig artikel 11, lid 1, sub a, van richtlijn 90/434 kunnen de Lid-Staten bepalen, dat het feit dat de voorgenomen rechtshandeling niet op grond van zakelijke overwegingen heeft plaatsgevonden, een vermoeden van belastingfraude of -ontwijking oplevert. Zij dienen met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel de daarvoor noodzakelijke nationale procedures vast te stellen. De vaststelling van een voorschrift van algemene strekking waarbij bepaalde categorieën van rechtshandelingen automatisch van het belastingvoordeel worden uitgesloten op basis van criteria als genoemd in het tweede antwoord sub a, ongeacht of er werkelijk sprake is van belastingfraude of -ontwijking, zou verder gaan dan noodzakelijk is om een dergelijke belastingfraude of -ontwijking te voorkomen en zou afbreuk doen aan het door richtlijn 90/434 nagestreefde doel.
- c) Het begrip „zakelijke overweging” in de zin van artikel 11 van richtlijn 90/434 moet aldus worden uitgelegd, dat het ruimer is dan het nastreven van een zuiver fiscaal voordeel als horizontale verliescompensatie.

Rodríguez Iglesias

Mancini

Moitinho de Almeida

Murray

Sevón

Kakouris

Kapteyn

Gulmann

Edward

Puissochet

Hirsch

Jann

Ragnemalm

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 17 juli 1997.

De griffier

De president

R. Grass

G. C. Rodríguez Iglesias