DOMSTOLENS DOM (Femte Afdeling)

15. januar 2002 *

I sag C-43/00,

angående en anmodning, som Vestre Landsret (Danmark) i medfør af artikel 234 EF har indgivet til Domstolen for i den for nævnte ret verserende sag,

Andersen og Jensen ApS

mod

Skatteministeriet,

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

* Processprog: dansk.

har

DOMSTOLEN (Femte Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, P. Jann (refererende dommer), og dommerne S. von Bahr, A. La Pergola, L. Sevón og C.W.A. Timmermans,

generaladvokat: A. Tizzano
justitssekretær: assisterende justitssekretær H. von Holstein,

efter at der er indgivet skriftlige indlæg af:

— Andersen og Jensen ApS ved advokat M. Serup

— Skatteministeriet og den danske regering ved J. Molde, som befuldmægtiget, bistået af advokat K. Lundgaard Hansen

— den nederlandske regering ved M.A. Fierstra, som befuldmægtiget

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved H.P. Hartvig og H. Michard, som befuldmægtigede,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at der i retsmødet den 27. juni 2001 er afgivet mundtlige indlæg af Andersen og Jensen ApS, af Skatteministeriet og den danske regering samt af Kommissionen,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 11. september 2001,

afsagt følgende

Dom

1 Ved beslutning af 9. februar 2000, indgået til Domstolen den 14. februar 2000, har Vestre Landsret i medfør af artikel 234 EF forelagt fire præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af artikel 2, litra c) og i), i Rådets direktiv 90/434/EØF af 23. juli 1990 om en fælles beskatningsordning ved fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier vedrørende selskaber i forskellige medlemsstater (EFT L 225, s. 1, herefter »direktivet«).

2 Spørgsmålene er blevet rejst i en sag, der føres mellem Andersen og Jensen ApS og Skatteministeriet vedrørende den skattemæssige behandling af en tilførsel af aktiver.

De relevante retsregler i hovedsagen

Fællesskabsbestemmelser

3 Ved direktivet indføres der en fælles beskatningsordning for transaktioner i form af fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier vedrørende selskaber i forskellige medlemsstater. I henhold til fjerde betragtning til direktivet skal beskatningsordningen sikre, at sådanne transaktioner ikke beskattes, men samtidig skal ordningen tilgodese de finansielle interesser i den stat, hvor det indskydende eller det erhvervede selskab er hjemmehørende.

4 Direktivets artikel 2 bestemmer:

»I dette direktiv forstås ved:

[...]

c) tilførsel af aktiver, den transaktion, hvorved et selskab uden at være opløst tilfører den samlede eller en eller flere grene af sin virksomhed til et andet selskab mod at få tildelt aktier eller anparter i det modtagende selskabs kapital

[...]

i) en gren af en virksomhed, alle aktiver og passiver i en afdeling af et selskab, som ud fra et organisationsmæssigt synspunkt udgør en selvstændig bedrift, dvs. en samlet enhed, der kan fungere ved hjælp af egne midler.«

5 Direktivets artikel 4, stk. 1, der i henhold til direktivets artikel 9 også finder anvendelse på tilførsel af aktiver, indeholder følgende bestemmelse:

»Fusion eller spaltning medfører ingen form for skat på kapitalvinding beregnet som forskellen mellem den indre værdi af de overførte aktiver og passiver og disses skattemæssige værdi.

I foregående punktum:

— betyder 'skattemæssig værdi' det beløb, som udgør grundlaget, på hvilket en fortjeneste eller et tab ville være blevet beregnet med henblik på beskatning af det indskydende selskabs indkomst, overskud eller kapitalvinding, såfremt sådanne aktiver og passiver var blevet solgt samtidig med fusionen eller spaltningen, men uafhængigt af transaktionen

— betyder 'overførte aktiver og passiver' de af det indskydende selskabs aktiver og passiver, der som følge af fusionen eller spaltningen er virkeligt knyttet til et af det modtagende selskabs faste driftssteder i det indskydende selskabs medlemsstat, og som spiller en rolle i forbindelse med de opnåede resultater, således som de beregnes med henblik på beskatningen.«

Nationale bestemmelser

6 Den danske fusionsskattelov (lovbekendtgørelse nr. 954 af 5.11.1996) indeholder følgende bestemmelser i § 15 c:

»1. Ved tilførsel af aktiver har selskaberne adgang til beskatning efter reglerne i § 15 d, når såvel det indskydende selskab som det modtagende selskab er omfattet af begrebet selskab i en medlemsstat i artikel 3 i direktiv 90/434/EØF. Det er en betingelse for anvendelsen, at der er opnået tilladelse hertil fra Ligningsrådet. Ligningsrådet kan fastsætte særlige vilkår for tilladelsen.

2. Ved tilførsel af aktiver forstås den transaktion, hvorved et selskab uden at være opløst tilfører den samlede eller en eller flere grene af sin virksomhed til et andet selskab mod at få tildelt aktier eller anparter i det modtagende selskabs kapital. Ved en gren af en virksomhed forstås alle aktiver og passiver i en afdeling af et selskab, som ud fra et organisationsmæssigt synspunkt udgør en selvstændig bedrift, dvs. en samlet enhed, der kan fungere ved hjælp af egne midler.«

7 Af forarbejderne til fusionsskatteloven (*Folketingstidende* 1991/92, Tillæg A, spalte 495 og 514) fremgår bl.a. følgende:

»Lovforslaget går ud på at gennemføre de ændringer i den danske skattelovgivning, der er nødvendige for at efterkomme fusionsdirektivet.

Lovforslaget går også ud på at gennemføre regler, svarende til fusionsdirektivets regler, for spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier vedrørende selskaber, der alle er hjemmehørende i Danmark.

[...]

'Tilførsel af aktiver' er i § 15 c, stk. 2, defineret som i fusionsdirektivets artikel 2, litra c). En gren af en virksomhed er defineret som i fusionsdirektivets artikel 2, litra i).«

Hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

8 Det fremgår af forelæggelsesbeslutningen, at sagsøgeren i hovedsagen oprindelig var et dansk aktieselskab ved navn Randers Sport A/S, der drev forretning med engros- og detailsalg af sportsudstyr. I 1996 stiftede aktionærerne i selskabet, med henblik på et generationsskifte, et nyt selskab ved navn Randers Sport Nyt A/S, som virksomheden skulle overføres til. Det fremgår af sagen, at aktiekapitalen i Randers Sport A/S var på 300 000 DKK, og at aktiekapitalen i Randers Sport Nyt A/S var på 500 000 DKK. Da aktionærerne ønskede, at den eksisterende egenkapital i væsentligt omfang blev sikret mod hæftelser, som knyttede sig til den fremtidige drift, og at den forblev i det sagsøgende selskab i hovedsagen, havde selskabet optaget et lån på 10 mio. DKK, og det var hensigten, at låneprovenuet skulle forblive i selskabet, mens passivet i form af gælden skulle overføres til Randers Sport Nyt A/S. Det var endvidere hensigten, at Randers Sport Nyt A/S' likviditetsbehov skulle tilvejebringes ved en driftskredit fra et pengeinstitut, som havde ønsket pant i samtlige aktier, der udgjorde selskabs-

kapitalen i sidstnævnte selskab. Det var i øvrigt hensigten, at sagsøgeren i hovedsagen skulle bevare en mindre aktiepost i et tredje selskab, der var under konkursbehandling.

9 Ved skrivelse af 6. juni 1996 fremsendte sagsøgeren i hovedsagen en anmodning til Ligningsrådet (en central myndighed, der i en række skatteretlige spørgsmål er øverste administrative myndighed) om tilladelse til skattefri tilførsel af aktiver i henhold til fusionsskattelovens § 15 c og § 15 d.

10 Ved skrivelse af 20. november 1996 meddelte Ligningsrådet tilladelsen, men på følgende to vilkår:

— Låneprovenuet på 10 mio. DKK med tilhørende gældsforpligtelse skulle enten forblive samlet i det indskydende selskab eller overføres samlet til det modtagende selskab, og

— der måtte ikke fra det indskydende selskab, de personlige hovedaktionærer eller tredjemand i øvrigt være ydet sikkerhed i form af kaution, pant, indeståelse eller lignende til fordel for det modtagende selskab.

11 Den 15. marts 1997 anlagde sagsøgeren i hovedsagen sag ved Vestre Landsret mod Skatteministeriet med henblik på efterprøvelse af lovligheden af de af Ligningsrådet fastsatte vilkår.

12 Vestre Landsret har fundet, at afgørelsen af den for landsretten verserende sag — selv om den udelukkende angår indenlandske forhold — må bero på fortolkningen af fællesskabsretlige bestemmelser. Til støtte herfor har landsretten henvist til forarbejderne til og ordlyden af de relevante bestemmelser i fusionsskatteloven, hvoraf det fremgår, at den danske lovgiver har ønsket, at de nationale bestemmelser anvendes ens på indenlandske transaktioner og transaktioner, der berører flere medlemsstater. Under henvisning til Domstolens dom af 17. juli 1997 i Leur-Bloem-sagen (sag C-28/95, Sml. I, s. 4161) har landsretten fundet, at Domstolen under disse omstændigheder har kompetence til at træffe præjudiciel afgørelse.

13 På denne baggrund har Vestre Landsret besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal bestemmelserne i direktiv 90/434/EØF (fusionsdirektivet) forstås således, at det er i strid med bestemmelserne i dette direktiv, navnlig artikel 2, litra c) og litra i), at en medlemsstats myndigheder afviser at anse en disposition for omfattet af direktivets bestemmelser om tilførsel af aktiver, når den pågældende transaktion indebærer, at samtlige det indskydende selskabs aktiver og passiver tilføres et andet selskab (det modtagende selskab) med undtagelse af dels en mindre aktiepost, dels provenuet af et af det indskydende selskab optaget lån?

2) Har det nogen betydning for besvarelsen af spørgsmål 1, at det må lægges til grund, at det indskydende selskab optog det pågældende lån med henblik på at nedbringe nettoværdien af de aktiver og passiver, der tilføres det modtagende selskab, idet låneprovenuet skal forblive i det indskydende selskab, medens gældsforpligtelsen skal tilføres det modtagende selskab?

3) Har det nogen betydning for besvarelsen af spørgsmål 1 og/eller spørgsmål 2, at det må lægges til grund, at optagelsen af det pågældende lån skete med henblik på at skabe mulighed for, at hidtidige medarbejdere som led i et generationsskifte i virksomheden ville være i stand til at finansiere tegning af aktieposter i det modtagende selskab?

4) Skal bestemmelserne i fusionsskattedirektivet, og navnlig bestemmelsen i direktivets artikel 2, litra i), forstås således, at det er i strid med disse bestemmelser, at det opstilles som vilkår for at anse en disposition for omfattet af direktivets bestemmelser om tilførsel af aktiver, at der fra det indskydende selskab, de personlige hovedaktionærer eller tredjemand i øvrigt ikke stilles sikkerhed til fordel for det modtagende selskab, fordi det er oplyst, at det modtagende selskabs fremtidige likviditetsbehov skal finansieres ved en driftskredit fra et pengeinstitut, som har ønsket pant i aktierne i det modtagende selskab?«

Domstolens kompetence

14 Den danske og den nederlandske regering samt Kommissionen har anført, at Domstolen i overensstemmelse med de principper, der er opstillet i Leur-Bloem-dommen, bør erklære sig kompetent til at besvare de præjudicielle spørgsmål. Selv om den situation, der ligger til grund for hovedsagen, ikke direkte falder ind under direktivet, har den danske lovgiver, som det fremgår af forarbejderne, besluttet, at rent interne forhold skal behandles på samme måde som forhold, der er omfattet af direktivet, og den har med henblik herpå tilpasset bestemmelserne for rent interne forhold til fællesskabsretten.

15 Indledningsvis bemærkes i denne henseende, at Domstolen i medfør af artikel 234 EF har kompetence til at afgøre præjudicielle spørgsmål om fortolkningen af traktaten og om fortolkningen af retsakter udstedt af Fællesskabets institutioner.

16 Det står imidlertid fast, at hovedsagen vedrører en bestemmelse i national ret, som finder anvendelse i rent national sammenhæng.

17 Den forelæggende ret har imidlertid anført, at den danske lovgiver i forbindelse med gennemførelsen af direktivets bestemmelser i national ret besluttede at behandle rent nationale forhold på samme måde som forhold, der er omfattet af direktivet, således at den har tilpasset bestemmelserne for rent interne forhold til fællesskabsretten. Den forelæggende ret har tilføjet, at en fortolkning af begreberne »tilførsel af aktiver« og »gren af en virksomhed« i fællesskabssammenhæng er nødvendig for at kunne træffe afgørelse i den for retten verserende sag, at disse begreber findes i direktivet, at de er benyttet i den nationale lov om gennemførelsen af direktivet, og at anvendelsen af begreberne er blevet udvidet til rent nationale forhold.

18 Det følger af Domstolens praksis, at såfremt den i national ret valgte regulering af rent nationale forhold, som det er tilfældet i hovedsagen, er tilpasset fællesskabsretten, bl.a. for at undgå forskelsbehandling af statens egne statsborgere, eller for at undgå konkurrencefordrejninger, er det en klar fællesskabsinteresse, at bestemmelser eller begreber, der er hentet fra fællesskabsretten, fortolkes ensartet, uanset de vilkår, hvorunder de skal anvendes, således at senere fortolkningsuoverensstemmelser undgås (Leur-Bloem-dommen, præmis 32).

19 Heraf følger, at Domstolen har kompetence til at fortolke direktivets bestemmelser, selv om de ikke direkte regulerer den situation, der foreligger i hovedsagen. De spørgsmål, Vestre Landsret har forelagt, skal derfor besvares.

Det første, andet og tredje spørgsmål

20 Med det første, andet og tredje spørgsmål, som behandles under ét, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om direktivets artikel 2, litra c) og i), skal fortolkes således, at der foreligger en tilførsel af aktiver i direktivets forstand dels i tilfælde, hvor en transaktion går ud på, at det indskydende selskab bevarer provenuet af et lån, som det har optaget, mens de hertil svarende forpligtelser overføres til det modtagende selskab, dels i tilfælde, hvor det indskydende selskab bevarer en mindre aktiepost i et tredje selskab.

21 Sagsøgeren i hovedsagen har anført, at besvarelsen bør være bekræftende. Der bør lægges afgørende vægt på, om virksomheden — bestående af de tilførte aktiver og passiver — udgør en selvstændig enhed, og mindre vægt på den præcise sammensætning af aktiverne og passiverne.

22 Den danske og den nederlandske regering samt Kommissionen har derimod gjort gældende, at de relevante bestemmelser i direktivet skal fortolkes således, at der ikke kan ske en opdeling af et låneprovenu og den hertil svarende gældsforpligtelse. At der ikke må ske en vilkårlig opsplitning af disse to elementer, følger af ordlyden af direktivets artikel 2, litra c) og i), hvori der på den ene side er

tale om tilførsel af alle aktiver og passiver i en gren af en virksomhed, og på den anden side en modydelse i form af aktier eller anparter i selskabets kapital.

23 Den danske regering har endvidere henvist til Leur-Bloem-dommens præmis 36, hvori Domstolen har udtalt, at direktivets bestemmelser finder anvendelse på samtlige transaktioner vedrørende tilførsel af aktiver, »uanset om begrundelsen for transaktionen måtte være finansiel, økonomisk eller rent skattemæssig«.

24 Hertil bemærkes, at det fremgår af ordlyden af direktivets artikel 2, litra c) og i), samt af direktivets artikel 4, stk. 1, at en tilførsel af aktiver, for at falde ind under direktivet, skal omfatte alle aktiver og passiver i en gren af en virksomhed. Ifølge direktivets artikel 2, litra i), kan kun en samlet enhed, der kan fungere ved hjælp af egne midler, udgøre en sådan gren af en virksomhed.

25 Som generaladvokaten har anført i punkt 22 i forslaget til afgørelse, har fællesskabslovgiver dermed fundet det nødvendigt, at alle aktiver og passiver i en gren af en virksomhed overføres samlet. Såfremt det indskydende selskab bevarer provenuet af et betydeligt lån, det har optaget, mens de heraf følgende forpligtelser overføres til det modtagende selskab, sker der en opdeling af disse elementer.

26 Det skal desuden bemærkes, at i hovedsagen ville det indskydende og det modtagende selskab have opnået det samme resultat, hvis det modtagende selskab havde optaget lånet og derefter havde erhvervet det indskydende selskabs aktiver som modydelse dels for aktierne i det modtagende selskab, dels for lånekapitalen. En sådan overførsel, som til dels ville ske for kontante midler, ville imidlertid ikke udgøre en tilførsel af aktiver i direktivets forstand.

27 Heraf følger, for så vidt angår den lånetransaktion, hovedsagen angår, at kravene i direktivets artikel 2, litra c) og i), ikke er opfyldt.

28 Med hensyn til den omstændighed, at det indskydende selskab har bevaret en mindre aktiepost i et tredje selskab, findes det tilstrækkeligt at bemærke — som generaladvokaten har anført i punkt 27 i forslaget til afgørelse — at dette kan udelukke, at der sker en overførsel af hele det indskydende selskabs virksomhed, men ikke en overførsel af en gren af en virksomhed, som er uden sammenhæng med den pågældende aktiepost.

29 Det første, andet og tredje spørgsmål skal derfor besvares med, at direktivets artikel 2, litra c) og i), skal fortolkes således, at der ikke foreligger en tilførsel af aktiver i direktivets forstand i tilfælde, hvor en transaktion går ud på, at det indskydende selskab bevarer provenuet af et betydeligt lån, selskabet har optaget, mens de hertil svarende forpligtelser overføres til det modtagende selskab. Det er herved uden betydning, at det indskydende selskab bevarer en mindre aktiepost i et tredje selskab.

Det fjerde spørgsmål

30 Med det fjerde spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om direktivets artikel 2, litra i), skal fortolkes således, at der også kan bestå en selvstændig bedrift, dvs. en samlet enhed, der kan fungere ved hjælp af egne midler, når det modtagende selskabs fremtidige likviditetsbehov skal tilvejebringes ved en driftskredit fra et pengeinstitut, som bl.a. kræver, at aktionærerne i det

modtagende selskab stiller sikkerhed i form af aktier, som repræsenterer det modtagende selskabs kapital.

31 Sagsøgeren i hovedsagen samt Kommissionen har gjort gældende, at direktivets artikel 2, litra i), ikke giver grundlag for at antage, at en transaktion nødvendigvis falder uden for direktivets anvendelsesområde, når aktionærerne i det modtagende selskab stiller deres aktier, der repræsenterer selskabets kapital, til sikkerhed for en kredit, som indrømmes selskabet.

32 Sagsøgeren i hovedsagen har anført, at betingelsen om, at der skal tilføres en selvstændig bedrift, kun kræver, at det modtagende selskab råder over en sådan egenkapital og sådanne lånemuligheder, at det kan videreføres. Ifølge sagsøgeren i hovedsagen skal skattemyndigheden foretage en samlet vurdering i hvert enkelt tilfælde.

33 Den danske og den nederlandske regering har ligeledes anført, at spørgsmålet om, hvorvidt et selskab kan fungere ved hjælp af egne midler, skal afgøres ud fra de særlige omstændigheder, der foreligger. I hovedsagen, hvor der findes en betydelig gæld, og hvor alle aktier, der repræsenterer det modtagende selskabs kapital, er pantsat, forekommer selskabet ikke at kunne fungere selvstændigt ved hjælp af sine egne midler.

34 I denne henseende bemærkes, at direktivets artikel 2, litra i), definerer begrebet en gren af en virksomhed som »alle aktiver og passiver i en afdeling af et selskab, som ud fra et organisationsmæssigt synspunkt udgør en selvstændig bedrift«.

35 Heraf følger, at bedømmelsen af, om bedriften kan fungere selvstændigt, i første række skal ske ud fra et funktionelt synspunkt — de overførte aktiver skal kunne fungere som en selvstændig virksomhed, uden at der hertil er behov for yderligere investeringer eller tilførsler — og kun i anden række ud fra et finansielt synspunkt. Den omstændighed, at et modtagende selskab benytter en kredit på normale markedsvilkår fra et pengeinstitut, kan ikke i sig selv udelukke, at den tilførte bedrift er af selvstændig karakter, selv når der stilles sikkerhed for kreditten fra aktionærerne i det modtagende selskab, idet de benytter deres aktier i selskabet som sikkerhed for den indrømmede kredit.

36 Det kan imidlertid forholde sig anderledes, når det ud fra det modtagende selskabs finansielle situation som helhed må antages, at det højst sandsynligt ikke vil kunne overleve ved hjælp af egne midler. Dette kan være tilfældet, når det modtagende selskabs indtægter forekommer at være utilstrækkelige i forhold til renter og afdrag af de overtagne gældsposter.

37 Bedømmelsen af, om der er tale om en selvstændig bedrift, må imidlertid overlades til den nationale ret, og bedømmelsen skal ske ud fra de særlige omstændigheder i hvert enkelt tilfælde.

38 Det fjerde spørgsmål skal derfor besvares med, at det tilkommer den nationale ret at bedømme, om en tilførsel af aktiver vedrører en selvstændig bedrift i direktivets artikel 2, litra i)'s forstand, dvs. en samlet enhed, der kan fungere ved hjælp af egne midler, når det modtagende selskabs fremtidige likviditetsbehov skal tilvejebringes ved en driftskredit fra et pengeinstitut, som bl.a. kræver, at aktionærerne i det modtagende selskab stiller sikkerhed i form af aktier, der repræsenterer selskabets kapital.

Sagens omkostninger

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

På grundlag af disse præmisser

kender

DOMSTOLEN (Femte Afdeling)

vedrørende de spørgsmål, der er forelagt af Vestre Landsret ved beslutning af 9. februar 2000, for ret:

1) **Artikel 2, litra c) og i), i Rådets direktiv 90/434/EØF af 23. juli 1990 om en fælles beskatningsordning ved fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier vedrørende selskaber i forskellige medlemsstater skal fortolkes således, at der ikke foreligger en tilførsel af aktiver i direktivets**

forstand i tilfælde, hvor en transaktion går ud på, at det indskydende selskab bevarer provenuet af et betydeligt lån, selskabet har optaget, mens de hertil svarende forpligtelser overføres til det modtagende selskab. Det er herved uden betydning, at det indskydende selskab bevarer en mindre aktiepost i et tredje selskab.

2) Det tilkommer den nationale ret at bedømme, om en tilførsel af aktiver vedrører en selvstændig bedrift i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 2, litra i), i direktiv 90/434, dvs. en samlet enhed, der kan fungere ved hjælp af egne midler, når det modtagende selskabs fremtidige likviditetsbehov skal tilvejebringes ved en driftskredit fra et pengeinstitut, som bl.a. kræver, at aktionærerne i det modtagende selskab stiller sikkerhed i form af aktier, der repræsenterer selskabets kapital.

Jann von Bahr La Pergola

Sevón Timmermans

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 15. januar 2002.

R. Grass P. Jann

Justitssekretær Formand for Femte Afdeling