FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT ANTONIO TIZZANO

fremsat den 11. september 2001 [1]

1. Ved beslutning af 9. februar 2000 har Vestre Landsret i medfør af artikel 234 EF forelagt Domstolen 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 (herefter »direktiv 90/434«, »fusionsdirektivet« eller blot »direktivet«) [2].

De relevante retsregler

Fællesskabsbestemmelser

2. Direktiv 90/434 blev udstedt med henblik på at ophæve de skattemæssige hindringer, der var en følge af de nationale bestemmelser om fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier mellem selskaber i forskellige medlemsstater. Af direktivets betragtninger fremgår det navnlig, at den fælles beskatningsordning, der er indført ved direktivet, har til formål at »sikre, at en fusion, en spaltning, en tilførsel af aktiver eller en ombytning af aktier ikke beskattes, men skal samtidig tilgodese de finansielle interesser i den stat, hvor det indskydende eller det erhvervede selskab er hjemmehørende«.

3. Direktivets artikel 1 bestemmer: »Den enkelte medlemsstat anvender dette direktiv på fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier, som vedrører selskaber i to eller flere medlemsstater.« I direktivets artikel 2 præciseres det endvidere, for så vidt som det er relevant for den foreliggende sag: »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

1 — Originalsprog: italiensk.
2 — EFT L 225, s. 1.

[...]

Nationale bestemmelser

5. Den danske fusionsskattelov bestemmer i § 15 c:

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.«

»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.

4. I henhold til direktivets artikel 9 finder dets artikel 4 anvendelse på den således definerede tilførsel af aktiver. Artikel 4 har følgende ordlyd:

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.«

»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.« Ved begrebet »skattemæssige værdi« forstås »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« (artikel 4, stk. 1).

6. Det fremgår af oplysningerne fra Vestre Landsret, at den beskatningsordning, der i

henhold til fusionsskattelovens § 15 d gælder for tilførsel af aktiver, »medfører, at en sådan transaktion — i overensstemmelse med fusionsskattedirektivets materielle regler — kan gennemføres uden kapitalgevinstbeskatning, idet det modtagende selskab succederer i det indskydende selskabs skatteretlige stilling«.

7. Vestre Landsret har endvidere understreget, at det fremgår af forarbejderne til fusionsskatteloven, at:

»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).«

Faktiske omstændigheder og de præjudicielle spørgsmål

8. Det fremgår af forelæggelsesbeslutningen, at sagsøgeren i hovedsagen, Randers Sport A/S (med en aktiekapital på 300 000 DKK), drev forretning med engros- og detailsalg af sportsudstyr. Med henblik på at gennemføre et generationsskifte med hensyn til driften af selskabet, hvilket også skulle ske ved, at to af selskabets medarbejdere skulle inddrages i driften, besluttede aktionærerne i Randers Sport i 1996 at overdrage dets aktiver til et nystiftet selskab, Randers Sport Nyt A/S, som skulle ejes af Randers Sport og de to medarbejdere.

9. Formålet med stiftelsen af selskabet Randers Sport Nyt var navnlig at isolere den gennem årene opsparede egenkapital i det indskydende selskab og at give de to medarbejdere mulighed for — for et mindre beløb — at erhverve betydelige aktieposter i det nye, lavt kapitaliserede selskab. Til opfyldelse af dette formål optog Randers Sport et større lån (på 10 mio. DKK), og det var hensigten, at låneprovenuet skulle forblive i dette selskab, mens passivet

skulle tilføres Randers Sport Nyt, hvilket ville medføre, at værdien af det modtagende selskab ville blive formindsket væsentligt. For at sikre den fornødne likviditet med henblik på driften af det nye selskab opnåede det en driftskredit fra et pengeinstitut, der som sikkerhed ønskede pant i aktierne i selskabet. Som led i denne komplekse transaktion var det endvidere hensigten, at det indskydende selskab ud over låneprovenuet skulle bevare en mindre aktiepost i et tredje selskab, der på det pågældende tidspunkt var under konkursbehandling.

10. Ved skrivelse af 6. juni 1996 fremsendte det sagsøgende selskab en anmodning til Ligningsrådet (en central myndighed, der i relation til en række skatteretlige spørgsmål er øverste administrative myndighed) om tilladelse til at gennemføre den planlagte tilførsel skattefrit i henhold til fusionsskattelovens § 15 c og § 15 d. Ved skrivelse af 20. november 1996 meddelte Ligningsrådet, at transaktionen kunne kvalificeres som en »tilførsel af aktiver« som omhandlet i den nævnte bestemmelse og kun kunne gennemføres uden kapitalgevinstbeskatning på følgende vilkår:

1) Låneprovenuet med tilhørende gældsforpligtelse skulle enten forblive samlet i det indskydende selskab eller overføres samlet til det modtagende selskab.

2) Der måtte ikke fra det indskydende selskab, de personlige hovedaktionærer eller tredjemand i øvrigt være ydet sikkerhed i form af kaution, pant, indestående eller lignende til fordel for det modtagende selskab.

11. Som nærmere begrundelse for afgørelsen præciserede Ligningsrådet med hensyn til vilkår 1, at der efter dets opfattelse bestod en sådan samhørighed mellem aktivet og passivet (henholdsvis låneprovenuet og tilbagebetalingsforpligtelsen), at de ikke kunne opsplittes mellem det indskydende og det modtagende selskab. Ligningsrådet understregede endvidere, at formålet med vilkår 2 var at sikre, at det modtagende selskab kunne fungere ved hjælp af egne midler.

12. Randers Sport bestred ganske vist Ligningsrådets afgørelse, men gennemførte den planlagte tilførsel i overensstemmelse med rådets vilkår. Selskabet anlagde imidlertid den 15. marts 1997 sag ved Vestre Landsret mod Skatteministeriet med henblik på efterprøvelse af lovligheden af de af Ligningsrådet fastsatte vilkår, der efter sagsøgerens opfattelse var baseret på en fejlagtig fortolkning af begrebet »tilførsel af aktiver« i direktiv 90/434. I svarskriftet nedlagde det sagsøgte ministerium påstand om, at sagen blev afvist, idet ministeriet gjorde gældende, at det sagsøgende selskab var uden retlig interesse i sagens pådømmelse, eftersom det havde efterkommet de af Ligningsrådet opstillede vilkår. Ved kendelse af 27. marts 1998 tog Vestre Landsret ikke denne påstand til følge. Retten fandt imidlertid, at der var begrun-

det tvivl med hensyn til fortolkningen af direktiv 90/434. Den udsatte derfor sagen og har forelagt 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?«

13. I sagen for Domstolen er der afgivet indlæg af parterne i hovedsagen, af den nederlandske regering og af Kommissionen, der alle har indgivet skriftlige indlæg og afgivet mundtlige indlæg under retsmødet.

Stillingtagen

Formaliteten

14. Selv om ingen af dem, der har afgivet indlæg, har bestridt, at de præjudicielle spørgsmål kan antages til behandling, skal jeg fremhæve, at det i hovedsagen kun er de nationale bestemmelser i fusionsskatteloven, der finder anvendelse, og ikke bestemmelserne i direktiv 90/434, som de spørgsmål, der er forelagt for Domstolen, drejer sig om. Som allerede nævnt finder direktivet kun anvendelse på fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier, *som vedrører selskaber i to eller flere medlemsstater* (artikel 1). I den foreliggende sag vedrørte den omtvistede tilførsel imidlertid to danske selskaber.

15. Selv om denne omstændighed kunne give anledning til tvivl om, hvorvidt den præjudicielle anmodning kan fremmes til realitetsbehandling, må jeg dog på linje med Vestre Landsret understrege, at fusionsskatteloven, som det klart fremgår af forarbejderne til loven, er udstedt til gennemførelse af direktiv 90/434 i dansk ret, idet den i direktivet valgte regulering er udvidet til også at finde anvendelse på rent interne forhold. Som Kommissionen har anført, har Domstolen allerede udtalt, netop i relation til direktiv 90/434, at den »i medfør af traktatens artikel 177 har kompetence til at fortolke fællesskabsretten, hvor denne ikke umiddelbart regulerer det forhold, sagen angår, men hvor den nationale lovgiver ved gennemførelsen af direktivets bestemmelser i national ret har fastsat, at rent interne forhold skal behandles på samme måde som forhold, der er omfattet af direktivet, dvs. at den nationale lovgivning er tilpasset fællesskabsretten«. Domstolen bemærkede således: »Såfremt den i national ret valgte regulering af rent interne forhold 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.« Domstolen understregede imidlertid, at »det i et sådant tilfælde, under hensyn til kompetencefordelingen mellem de nationale retter og Domstolen i henhold til artikel 177, alene tilkommer den nationale retsinstans at vurdere de nøjagtige retsvirkninger af denne henvisning til fællesskabsretten, da Domstolens kompetence er begrænset til en undersøgelse af de fællesskabsretlige bestemmelser alene« [3].

16. Under hensyn til, at retspraksis på dette punkt er utvetydig, og at forholdene i det væsentlige er de samme, mener jeg derfor ikke, at den præjudicielle anmodning, Vestre Landsret har indgivet, skal afvises.

3 — Dom af 17.7.1997, sag C-28/95, Leur-Bloem, Sml. I, s. 4161, præmis 32-34.

De tre første spørgsmål

17. Herefter vil jeg gå over til at behandle de spørgsmål, Vestre Landsret har forelagt, og hvoraf de tre første spørgsmål kan undersøges under ét, idet de i det væsentlige drejer sig om et enkelt materielt spørgsmål, nemlig om artikel 2, litra c) og i), i direktiv 90/434 er til hinder for, at den fritagelse for skat på kapitalvinding, der omhandles i direktivets artikel 4, finder anvendelse i et tilfælde, hvor et selskabs samlede aktiver og passiver tilføres et andet selskab, med undtagelse af dels en mindre aktiepost, dels provenuet af et af det indskydende selskab optaget lån. Det ønskes endvidere oplyst, om det i den forbindelse har nogen betydning, at transaktionen gennemføres med henblik på at nedbringe nettoværdien af den foretagne tilførsel med det formål at lette et generationsskifte i virksomheden.

18. Med henblik på besvarelsen af den præjudicielle anmodning skal jeg for det første fremhæve, at i henhold til den definition, direktivet indeholder, forstås der ved 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« [artikel 2, litra c)].

19. Tre betingelser skal således være opfyldt for, at der kan være tale om en tilførsel af aktiver:

— Det indskydende selskab må ikke være opløst.

— Tilførslen skal omfatte den samlede eller en eller flere grene af det indskydende selskabs virksomhed.

— Det pågældende selskab skal som modydelse for tilførslen tildeles aktier eller anparter i det modtagende selskabs kapital.

20. For så vidt angår den foreliggende sag giver den første betingelse ikke anledning til særlige problemer, idet det er utvivlsomt, at det indskydende selskab ikke er blevet opløst. Derimod er det vanskeligere at afgøre, om der i den foreliggende sag faktisk er sket en tilførsel til det modtagende selskab af den samlede eller en eller flere grene af det indskydende selskabs virksomhed.

21. Sagsøgeren i hovedsagen har anført, at der er tale om en tilførsel af et selskabs samlede virksomhed, når de aktiver og passiver, der tilføres det modtagende sel-

skab, udgør en selvstændig økonomisk enhed, som kan fungere ved hjælp af egne midler. I den sammenhæng er det derimod uden betydning, om visse aktiver, som f.eks. i den foreliggende sag låneprovenuet, forbliver i det indskydende selskab. Sagsøgeren har tilføjet, at en modsat løsning ville være i strid med direktivets formål, som er at fremme de i direktivet omhandlede transaktioner og i videst muligt omfang ophæve de skattemæssige hindringer, der er tilvejebragt gennem medlemsstaternes bestemmelser. Ifølge de øvrige, der har afgivet indlæg i sagen, er denne betingelse ikke opfyldt, såfremt der sker en kunstig opsplitning mellem det indskydende og det modtagende selskab af en enhed, som består af aktiver og passiver, netop som det lån, Randers Sport har optaget.

22. Dette synspunkt er efter min opfattelse det mest overbevisende. Således er det i direktivets artikel 2, litra i), fastsat, at i tilfælde af tilførsel af en gren af en virksomhed skal der tilføres »*alle aktiver og passiver* i en afdeling af et selskab, som ud fra et organisatorisk synspunkt udgør en selvstændig bedrift, dvs. en samlet enhed, der kan fungere ved hjælp af egne midler« (min fremhævelse). Fællesskabslovgiver har dermed i en sådan situation anset det for nødvendigt, at de aktiver og passiver, der er forbundet med en bestemt virksomhed, som har særlige, selvstændige kendetegn, skal overføres samlet. Såfremt der ikke sker overførsel af et aktiv, der er forbundet med en sådan virksomhed, kan transaktionen derfor ikke kvalificeres som tilførsel af en gren af en virksomhed, som omhandlet i direktivets artikel 2, og tilsvarende kan en tilførsel af en gren af en virksomhed, som omhandlet i direktivets artikel 2, ikke begrunde en overførsel af et passiv, der er forbundet med en særskilt form for virksomhed, der er forblevet i det indskydende selskab.

23. Sagsøgeren i hovedsagen har heroverfor anført, at der i den foreliggende sag ikke er sket en tilførsel af en gren af en virksomhed, men en overførsel af hele det indskydende selskabs virksomhed. I et sådant tilfælde kræves det ikke udtrykkeligt, at det, der overføres, er »alle aktiver og passiver«. Jeg skal imidlertid hertil bemærke, at såfremt denne betingelse kræves opfyldt i tilfælde af overførsel af en gren af en virksomhed, må dette så meget desto mere gælde, såfremt transaktionen omfatter hele det indskydende selskabs virksomhed. Det er derfor min opfattelse, at når denne betingelse ikke udtrykkeligt kræves opfyldt i sidstnævnte tilfælde, er det netop, fordi dette forudsættes.

24. Men uanset denne bemærkning er jeg ikke overbevist om, at der i den foreliggende sag er tale om en overførsel af hele det indskydende selskabs virksomhed. Lånet, som var temmelig stort (mere end 30 gange aktiekapitalen), er således blevet optaget, inden tilførslen skete, idet hensigten var, at beløbet skulle forblive i det indskydende selskab. Det fremgår således, at beløbet ikke var bestemt til at finansiere den forhandling af sportsudstyr, der efterfølgende blev overført til Randers Sport Nyt, og heller ikke til at blive udloddet til selskabsdeltagerne i form af overskud (som i så fald naturligvis ville være omfattet af den sædvanlige beskatning). Uanset hvad

der var formålet med det optagne lån (også selv om det var rent finansielt), står det fast, at beløbet var bestemt til en anden form for virksomhed end den, der blev overført til det modtagende selskab, og at det således i det mindste potentielt udgjorde en særskilt gren af virksomheden, der forblev i det indskydende selskab. I den foreliggende sag kan det derfor ikke antages, at hele Randers Sports virksomhed skulle overføres til det modtagende selskab. Tværtimod var det usædvanlige ved den omtvistede transaktion netop, at der til det modtagende selskab skulle overføres den virksomhed, der bestod i markedsføring af sportsudstyr, sammen med forpligtelsen til at tilbagebetale en kapital, som var bestemt til en herfra forskellig form for virksomhed, nemlig en virksomhed, som var »frigjort for« den hertil svarende passivpost, men som skulle forblive i det indskydende selskab.

25. De særlige kendetegn ved den omtvistede transaktion bevirker efter min opfattelse derfor, at det må udelukkes, at transaktionen udgør en tilførsel af aktiver, som omhandlet i direktivets artikel 2, fordi den aktivpost og den passivpost, der var forbundet med den gældsforpligtelse, det indskydende selskab havde indgået, skulle opsplittes mellem det indskydende selskab og det modtagende selskab. Lad mig tilføje, at for mig at se følger dette resultat af de strukturelle og objektive kendetegn ved transaktionen, uanset hvad formålet var. Det er derfor i denne sammenhæng uden betydning, at transaktionen skulle gennemføres med henblik på at nedbringe værdien af den virksomhed, der blev tilført Randers Sport Nyt, med henblik på at lette et generationsskifte.

26. For fuldstændighedens skyld skal jeg også nævne, at Kommissionen har anført, at heller ikke den tredje af de betingelser, der er opstillet i direktivets artikel 2, er opfyldt, nemlig betingelsen om, at vederlaget skal bestå i tildeling af aktier eller anparter i det modtagende selskabs kapital. Kommissionen har nærmere anført, at det modtagende selskab i den foreliggende sag — til gengæld for tilførslen — har måttet overtage gældsforpligtelsen med hensyn til det lån, det indskydende selskab havde optaget. Transaktionen udgjorde således ifølge Kommissionen i realiteten en form for salg og er derfor som sådan ikke omfattet af definitionen i direktivets artikel 2. Efter min opfattelse ser Kommissionen imidlertid bort fra, at Randers Sport til gengæld for de aktiver og passiver, der blev tilført Randers Sport Nyt, udelukkende skulle have fået aktier i det modtagende selskab. Jeg har derfor svært ved at se, hvori det salg består, som Kommissionen taler om.

27. Inden jeg foreslår, hvorledes de tre første præjudicielle spørgsmål skal besvares, skal jeg endelig fremkomme med en bemærkning til den omstændighed, som Vestre Landsret udtrykkeligt har fremhævet, nemlig at der i det indskydende selskab forblev en mindre aktiepost i et tredje selskab. Spørgsmålet er, om denne omstændighed har betydning for, om transaktionen kan kvalificeres som en tilførsel af aktiver, som omhandlet i direktivets artikel 2. Hertil skal jeg imidlertid blot bemærke, at selv om den omstændighed, at en aktiepost forbliver i det indskydende selskab, kunne udelukke, at der sker en overførsel af hele

det indskydende selskabs virksomhed til det modtagende selskab, kan det samme ikke siges med hensyn til overførsel af en gren af en virksomhed, som er uden nogen sammenhæng med den pågældende aktiepost.

28. Sammenfattende skal jeg herefter foreslå, at de tre første spørgsmål besvares med, at en transaktion, hvorefter provenuet af et lån, som det indskydende selskab har optaget, forbliver i selskabet, mens de hertil svarende forpligtelser overføres til det modtagende selskab, ikke udgør en tilførsel af aktiver, som omhandlet i artikel 2, litra c) og i), i direktiv 90/434, uanset hvad formålene er med en sådan opsplitning af aktiv- og passivposten i forbindelse med lånet. Det er derimod ikke udelukket, at der kan være tale om en tilførsel af aktiver, som omhandlet i direktivets artikel 2, litra c) og i), såfremt det indskydende selskab i forbindelse med en overførsel af en gren af en virksomhed bevarer en selvstændig aktiepost i et tredje selskab.

Det fjerde spørgsmål

29. Med det fjerde præjudicielle spørgsmål ønsker Vestre Landsret i det væsentlige oplyst, om medlemsstaternes kompetente myndigheder i henhold til artikel 2, litra c) og i), i direktiv 90/434 kan træffe bestemmelse om, at fritagelsen for kapitalgevinstbeskatning, som omhandlet i direktivets artikel 4, ikke finder anvendelse, såfremt det indskydende selskab eller tredjemand stiller sikkerhed til fordel for det modtagende selskab, og der således i så fald er tvivl med hensyn til, om det modtagende selskab er selvstændigt.

30. Alle, der har afgivet indlæg, synes i det væsentlige at være enige om, at det modtagende selskab i henhold til direktivets artikel 2 i økonomisk henseende skal være selvstændigt og skal kunne fungere ved hjælp af egne midler. De når imidlertid frem til forskellige resultater med hensyn til den foreliggende sag, navnlig fordi de anlægger en forskellig vurdering af den betingelse, Ligningsrådet har opstillet i den konkrete sag.

31. Således har den danske regering anført, at en sådan betingelse er begrundet, idet forholdet efter regeringens opfattelse er, at den omstændighed, at det indskydende selskab skulle pantsætte aktierne i det modtagende selskab til sikkerhed for den driftskredit, det modtagende selskab havde opnået, viser, at det modtagende selskab ikke ville kunne fungere ved hjælp af egne midler. I samme retning, men uden at tage konkret stilling til den betingelse, Ligningsrådet har opstillet, har den nederlandske regering understreget, at det modtagende selskab ikke kan anses for at være selvstændigt, såfremt selskabet på grund af de nærmere vilkår for tilførslen (herunder, at det modtagende selskab har en betydelig gældsforpligtelse) ikke kan fungere uden en sikkerhed fra det indskydende selskab, der bevirker, at det kan opnå en driftskredit. Derimod har sagsøgeren i hovedsagen og Kommissionen rejst kritik af, at Ligningsrådet har formuleret betingelsen absolut og

ikke foretaget en konkret bedømmelse af, hvorvidt det modtagende selskab faktisk er selvstændigt.

32. Også jeg er af den opfattelse, at det modtagende selskab skal være uafhængigt i forhold til det indskydende selskab og have tilstrækkelige midler til at drive egen erhvervsmæssig virksomhed, eventuelt ved optagelse af en kredit på normale markedsvilkår. Dette er udtrykkeligt fastsat i direktivets artikel 2, litra i), med hensyn til tilførsel af en gren af en virksomhed, der som ovenfor nævnt skal udgøres af en »enhed, der kan fungere ved hjælp af egne midler«. Men samme resultat må man også nå frem til — eller rettere så meget desto mere — såfremt der er tale om overførsel af hele et selskabs virksomhed. Jeg er imidlertid enig med sagsøgeren i hovedsagen, Kommissionen og den nederlandske regering i, at de nationale myndigheder i denne henseende skal foretage en vurdering i hvert enkelt tilfælde for at tage hensyn til de særlige forhold i den konkrete sag. Navnlig skal de nationale myndigheder, såfremt det indskydende selskab stiller sikkerhed for en kredit, som det modtagende selskab har optaget, vurdere, om en sådan sikkerhed er uomgængeligt nødvendig for, at det modtagende selskab kan drive sin egen virksomhed. Såfremt dette er tilfældet, må det antages, at det modtagende selskab ikke kan fungere ved hjælp af egne midler, og at transaktionen følgelig ikke kan antages at udgøre en tilførsel af aktiver, som omhandlet i direktivets artikel 2, litra c) og i).

33. Om Ligningsrådet faktisk har foretaget en sådan vurdering, og om det resultat, det er nået frem til, er korrekt, er et spørgsmål, som Vestre Landsret skal tage stilling til i lyset af omstændighederne i sagen. Jeg skal i den forbindelse blot bemærke, at med henblik på den pågældende vurdering kan det være væsentligt at fastslå — under hensyntagen til de nationale bestemmelser — om det indskydende selskabs disposition (det har givet aktier i det modtagende selskab i pant for at sætte det modtagende selskab i stand til at opnå en driftskredit) forudsatte en hæftelse fra selskabets side over for det långivende pengeinstitut. En sådan omstændighed kunne give holdepunkter for at antage, at det modtagende selskab ikke på markedet kunne have skaffet de nødvendige midler til en normal fortsættelse af sin egen virksomhed. Jeg skal imidlertid gentage, at det er Vestre Landsret, der skal foretage denne vurdering.

34. Sammenfattende skal jeg herefter foreslå, at det fjerde spørgsmål besvares med, at for at der kan være tale om en tilførsel af aktiver, som omhandlet i artikel 2, litra c) og i), i direktiv 90/434, skal det modtagende selskab være uafhængigt af det indskydende selskab og have passende midler til at drive egen erhvervsmæssig virksomhed, eventuelt ved optagelse af en kredit på normale markedsvilkår. Såfremt det indskydende selskab stiller sikkerhed for en kredit, som det modtagende selskab har optaget, skal de nationale myndigheder vurdere, om en sådan sikkerhed er uomgængeligt nødvendig for, at det modtagende selskab kan drive sin egen virksomhed. Såfremt dette er tilfældet, må det antages, at det modtagende selskab ikke kan fungere ved hjælp af egne midler.

Forslag til afgørelse

På grundlag af det anførte skal jeg foreslå, at de præjudicielle spørgsmål, Vestre Landsret har forelagt, besvares således:

»En transaktion, hvorefter provenuet af et lån, som det indskydende selskab har optaget, forbliver i selskabet, mens de hertil svarende forpligtelser overføres til det modtagende selskab, udgør ikke en tilførsel af aktiver, som omhandlet i artikel 2, litra c) og i), i direktiv 90/434, uanset hvad formålene er med en sådan opsplitning af aktiv- og passivposten i forbindelse med lånet. Det er derimod ikke udelukket, at der kan være tale om en tilførsel af aktiver, som omhandlet i direktivets artikel 2, litra c) og i), såfremt det indskydende selskab i forbindelse med en overførsel af en gren af en virksomhed bevarer en selvstændig aktiepost i et tredje selskab.

For at der kan være tale om en tilførsel af aktiver, som omhandlet i artikel 2, litra c) og i), i direktiv 90/434, skal det modtagende selskab være uafhængigt af det indskydende selskab og have passende midler til at drive egen erhvervsmæssig virksomhed, eventuelt ved optagelse af en kredit på normale markedsvilkår. Såfremt det indskydende selskab stiller sikkerhed for en kredit, som det modtagende selskab har optaget, skal de nationale myndigheder vurdere, om en sådan sikkerhed er uomgængeligt nødvendig for, at det modtagende selskab kan drive sin egen virksomhed. Såfremt dette er tilfældet, må det antages, at det modtagende selskab ikke kan fungere ved hjælp af egne midler.«