CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL A. TIZZANO

van 11 september 2001 [1]

1. Bij beschikking van 9 februari 2000 heeft het Vestre Landsret (Denemarken) het Hof krachtens artikel 234 EG vier prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van artikel 2, sub c en i, 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 (hierna: „richtlijn 90/434", „fusierichtlijn" of „richtlijn"). [2]

Rechtskader

Gemeenschapsrecht

2. Richtlijn 90/434 beoogt de fiscale belemmeringen op te heffen die door nationale regelingen in de weg worden gelegd aan fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil tussen vennootschappen uit verschillende lidstaten. Uit de considerans van de richtlijn blijkt in het bijzonder, dat de gemeenschappelijke fiscale regeling van de richtlijn „moet voorkomen dat wegens fusies, splitsingen, inbreng van activa of aandelenruil belasting wordt geheven, met dien verstande dat de financiële belangen van de staat van de inbrengende of verworven vennootschap moeten worden veiliggesteld".

3. Artikel 1 van de richtlijn bepaalt dat „[e]lke lidstaat [...] op fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil waarbij vennootschappen van twee of meer lidstaten zijn betrokken, de in deze richtlijn opgenomen bepalingen toe[past]". Voorzover hier van belang, preciseert artikel 2 dat „[v]oor de toepassing van deze richtlijn wordt verstaan onder

[...]

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

1 — Oorspronkelijke taal: Italiaans.
2 — PB L 225, blz. 1.

[...]

i) tak van bedrijvigheid: het totaal van de activa en passiva van een afdeling van een vennootschap die uit organisatorisch oogpunt een onafhankelijke exploitatie vormen, dat wil zeggen een geheel dat op eigen kracht kan functioneren."

4. Volgens artikel 9 van de richtlijn is op de aldus gedefinieerde inbreng van activa artikel 4 van de richtlijn van toepassing, dat bepaalt:

„Fusies of splitsingen leiden niet tot enigerlei belastingheffing over de meerwaarden die bepaald worden door het verschil tussen de werkelijke waarde van de overgedragen activa en passiva en hun fiscale waarde", waarbij onder „fiscale waarde" wordt verstaan „de waarde welke voor de toepassing van de belastingen op inkomen, winst of vermogenswinst de basis zou hebben gevormd voor de berekening van een winst of een verlies bij de inbrengende vennootschap, indien deze activa en passiva zouden zijn verkocht ten tijde van, maar onafhankelijk van, de fusie of splitsing" (artikel 4, lid 1).

Nationaal recht

5. § 15 c van de fusionsskattelov (Deense fusiebelastingwet) bepaalt:

„1. In geval van inbreng van activa komen de vennootschappen in aanmerking voor belastingheffing overeenkomstig de bepalingen van § 15 d, wanneer zowel de inbrengende als de ontvangende vennootschap onder het begrip vennootschap van een lidstaat in de zin van artikel 3 van richtlijn 90/434/EEG valt. Voor deze belastingheffing is evenwel de toestemming van de Ligningsråd vereist. De Ligningsråd kan aan deze toestemming bepaalde voorwaarden verbinden.

2. Onder inbreng van activa wordt verstaan de rechtshandeling waarbij een vennootschap, zonder ontbonden te worden, haar gehele dan wel een of meer takken van haar bedrijvigheid inbrengt in een andere vennootschap tegen verkrijging van bewijzen van deelgerechtigheid in het maatschappelijk kapitaal van de vennootschap die de inbreng ontvangt. Onder een tak van bedrijvigheid wordt verstaan het totaal van de activa en passiva van een afdeling van een vennootschap die uit organisatorisch oogpunt een onafhankelijke exploitatie vormen, dat wil zeggen een geheel dat op eigen kracht kan functioneren."

6. De verwijzende rechter tekent hierbij aan, dat de belastingregeling die op grond

van § 15 d van de fusionsskattelov geldt bij inbreng van activa, meebrengt dat „die transactie overeenkomstig de materiële bepalingen van de fusierichtlijn kan worden uitgevoerd zonder dat de meerwaarde wordt belast, waarbij de ontvangende vennootschap in fiscaal opzicht in de plaats treedt van de inbrengende vennootschap".

7. Bovendien verklaart hij dat uit de voorbereidende werkzaamheden van de fusionsskattelov blijkt:

„Met het wetsvoorstel wordt beoogd in de Deense belastingwetgeving de wijzigingen op te nemen die noodzakelijk zijn om deze wetgeving in overeenstemming te brengen met de fusierichtlijn.

Met het wetsvoorstel wordt tevens beoogd met de bepalingen van de fusierichtlijn overeenkomende bepalingen in te voeren voor splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen die alle in Denemarken zijn gevestigd.

[...]

‚Inbreng van activa' wordt in § 15 c, lid 2, op dezelfde wijze als in artikel 2, sub c, van de fusierichtlijn omschreven. Een tak van bedrijvigheid wordt op dezelfde wijze als in artikel 2, sub i, van de fusierichtlijn omschreven."

De feiten en de prejudiciële vragen

8. Blijkens de verwijzingsbeschikking dreef verzoekster in het hoofdgeding, Randers Sport A/S (hierna: „Randers Sport") — een vennootschap op aandelen met een maatschappelijk kapitaal van 300 000 DKK — een groothandel en detailhandel in sportartikelen. Met het oog op een generatiewisseling in het bestuur van de vennootschap, waartoe ook twee medewerkers van Randers Sport in de leiding zouden worden opgenomen, besloten de aandeelhouders van Randers Sport in 1996 om hun activa in te brengen in een nieuw opgerichte vennootschap, Randers Sport Nyt A/S (hierna: „Randers Sport Nyt"), waarvan de aandelen zouden worden gehouden door Randers Sport en de twee genoemde medewerkers.

9. Randers Sport Nyt was voornamelijk opgericht met het doel, het eigen vermogen dat in de loop der jaren door de inbrengende vennootschap was opgebouwd, apart te houden en de twee medewerkers in staat te stellen om voor minder geld aanzienlijke aandelenpakketten te verwerven in de nieuwe vennootschap met een gering kapitaal. Met dit doel sloot Randers Sport een aanzienlijke lening (voor een bedrag van 10 miljoen DKK). De bedoeling was dat het geleende bedrag binnen die vennootschap zou blijven terwijl de bijbehorende schuld aan Randers Sport Nyt zou worden overgedragen, wat zou leiden tot een aanzien-

lijke verlaging van de waarde van de ontvangende vennootschap. Voor de verkrijging van de liquide middelen die de nieuwe vennootschap voor de uitoefening van haar bedrijvigheid nodig had, nam deze een bedrijfskrediet op bij een bank die als zekerheid het pandrecht op de aandelen van deze vennootschap verlangde. In het kader van deze gecompliceerde transactie was ten slotte bepaald, dat de inbrengende vennootschap, afgezien van het geleende bedrag, een klein aandelenpakket zou behouden in een derde vennootschap die op dat moment in staat van faillissement verkeerde.

10. Bij brief van 6 juni 1996 vroeg Randers Sport de Ligningsråd (de hoogste administratieve instantie in Denemarken op een aantal fiscaalrechtelijke gebieden) toestemming om de geplande inbreng van activa overeenkomstig §15 c en § 15 d van de fusionsskattelov belastingvrij uit te voeren. Bij brief van 20 november 1996 deelde de Ligningsråd haar mee, dat de transactie enkel zou kunnen worden aangemerkt als „inbreng van activa" in de zin van genoemde bepaling en daarmee vrij van belasting over de meerwaarde kon worden uitgevoerd indien:

i) zowel het geleende bedrag als de bijbehorende schuld ofwel in de inbrengende vennootschap zou blijven ofwel aan de ontvangende vennootschap zou worden overgedragen;

ii) noch de inbrengende vennootschap, noch de hoofdaandeelhouders persoonlijk, noch derden ten gunste van de ontvangende vennootschap zekerheid zouden stellen in de vorm van borgstelling, pand, bewaargeving en dergelijke.

11. Ter verduidelijking van de gronden voor zijn beslissing preciseerde de Ligningsråd met betrekking tot de eerste voorwaarde, dat het betrokken actief en het betrokken passief (het geleende bedrag en de verplichting tot terugbetaling) de facto zo nauw met elkaar samenhingen, dat deze niet over de inbrengende en de ontvangende vennootschap konden worden opgesplitst. De Ligningsråd benadrukte, dat met de tweede voorwaarde moest worden verzekerd, dat de ontvangende vennootschap op eigen kracht kon functioneren.

12. Hoewel Randers Sport de beslissing van de Ligningsråd bestreed, voerde zij de geplande inbreng uit met inachtneming van de door deze instantie gestelde voorwaarden. Op 15 maart 1997 maakte zij echter bij het Vestre Landsret een zaak aanhangig tegen het Skatteministeriet (ministerie van Financiën), om de onwettigheid te laten vaststellen van de door de Ligningsråd gestelde voorwaarden, die haars inziens berustten op een onjuiste uitlegging van het begrip „inbreng van activa" in richtlijn 90/434. In zijn verweerschrift wierp het verwerende ministerie een exceptie van niet-ontvankelijkheid op, op grond dat Randers Sport geen juridisch belang had bij de uitkomst van de zaak, aangezien zij de voorwaarden van de Ligningsråd was nagekomen. Bij beschikking van 27 maart 1998 werd deze exceptie verworpen. Daar bij het Vestre Landsret echter ernstige

twijfel was gerezen over de uitlegging van richtlijn 90/434, heeft het de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:

„1) Moet richtlijn 90/434/EEG (fusierichtlijn) aldus worden uitgelegd, dat het met de bepalingen van deze richtlijn, inzonderheid artikel 2, sub c en i, in strijd is, dat de autoriteiten van een lidstaat weigeren de in de richtlijn opgenomen bepalingen inzake inbreng van activa op een transactie van toepassing te achten, wanneer die transactie inhoudt dat alle activa en passiva van de inbrengende vennootschap worden ingebracht in een andere vennootschap (de ontvangende vennootschap), met uitzondering van een kleine hoeveelheid aandelen en de opbrengst van een door de inbrengende vennootschap gesloten lening?

2) Is het voor de beantwoording van vraag 1 van belang, dat als vaststaand moet worden aangenomen, dat de inbrengende vennootschap de betrokken lening is aangegaan teneinde de nettowaarde van de activa en passiva die in de ontvangende vennootschap worden ingebracht, te verminderen, voorzover het geleende bedrag zal achterblijven in de inbrengende vennootschap, terwijl de schuld zal worden ingebracht in de ontvangende vennootschap?

3) Is het voor de beantwoording van vraag 1 en/of vraag 2 van belang, dat als vaststaand moet worden aangenomen, dat de betrokken lening is aangegaan teneinde bestaande medewerkers in het kader van de overgang van het bedrijf op de jongere generatie in staat te stellen, de intekening op aandelen in de ontvangende vennootschap te financieren?

4) Moeten de bepalingen van de fusierichtlijn, inzonderheid artikel 2, sub i, aldus worden uitgelegd, dat het met deze bepalingen in strijd is, dat de toepassing van de in de richtlijn opgenomen bepalingen inzake inbreng van activa op een transactie afhankelijk wordt gesteld van de voorwaarde, dat door de inbrengende vennootschap, de hoofdaandeelhouders persoonlijk of andere derden geen zekerheid wordt gesteld ten gunste van de ontvangende vennootschap, nu is gebleken dat de liquiditeit van de ontvangende vennootschap in de toekomst zal worden verzekerd door middel van een bedrijfskrediet van een bank, die een pandrecht op de aandelen van de ontvangende vennootschap heeft bedongen?"

13. In de procedure voor het Hof zijn opmerkingen gemaakt door partijen in het hoofdgeding, de Nederlandse regering en de Commissie; zij hebben alle schriftelijke opmerkingen ingediend en ter terechtzitting mondelinge opmerkingen gemaakt.

Juridische beoordeling

Ontvankelijkheid

14. Ondanks dat geen van partijen de ontvankelijkheid van de onderhavige prejudiciële verwijzing heeft betwist, moet ik erop wijzen, dat in het hoofdgeding enkel de nationale bepalingen van de fusionsskattelov van toepassing zijn en niet die van richtlijn 90/434, waarop de prejudiciële vragen betrekking hebben. De richtlijn is immers enkel van toepassing op fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil *waarbij vennootschappen van twee of meer lidstaten zijn betrokken* (artikel 1); bij de litigieuze inbreng waren echter twee Deense vennootschappen betrokken.

15. Hoewel deze omstandigheid twijfel kan doen rijzen aan de ontvankelijkheid van de prejudiciële verwijzing, moet ik er echter met het Vestre Landsret op wijzen dat uit de voorbereidende werkzaamheden van de fusionsskattelov duidelijk blijkt dat die wet richtlijn 90/434 in nationaal recht omzet en de daarin gekozen oplossingen ook uitbreidt tot zuiver interne situaties. Zoals de Commissie opmerkt, heeft het Hof met betrekking tot richtlijn 90/434 reeds uitgemaakt, dat het „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.[...] 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 [...] 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." Het Hof tekent hierbij echter wel aan „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". [3]

16. Gezien deze ondubbelzinnige aanwijzing in de rechtspraak en het feit dat de casus in essentie identiek zijn, kan de verwijzing van het Vestre Landsret mijns inziens niet niet-ontvankelijk worden verklaard.

3 — Arrest van 17 juli 1997, Leur-Bloem (C-28/95, Jurispr. blz. I-4161, punten 32—34).

De eerste drie vragen

17. Dan kom ik thans tot de vragen van de Deense rechter. Volgens mij kunnen de eerste drie vragen gezamenlijk worden behandeld, omdat het hierin in wezen steeds om dezelfde materiële kwestie gaat, te weten of artikel 2, sub c en i, van richtlijn 90/434 al dan niet eraan in de weg staat, dat de in artikel 4 van die richtlijn bedoelde vrijstelling van belasting over de meerwaarde wordt verleend in een situatie waarin een vennootschap haar gehele vermogen in een andere vennootschap inbrengt, afgezien van een klein aandelenpakket en de opbrengst van een door de inbrengende vennootschap gesloten lening. Verder wil hij weten of het in dit verband van belang is, dat de transactie heeft plaatsgevonden om de nettowaarde van de inbreng te verlagen, met het doel een generatiewisseling in het bedrijf eenvoudiger te maken.

18. Volgens de definitie in de richtlijn zelf moet onder inbreng van activa worden verstaan „de rechtshandeling waarbij een vennootschap, zonder ontbonden te worden, haar gehele dan wel een of meer takken van haar bedrijvigheid inbrengt in een andere vennootschap, tegen verkrijging van bewijzen van deelgerechtigdheid in het maatschappelijk kapitaal van de vennootschap welke de inbreng ontvangt" (artikel 2, sub c).

19. Om als inbreng van activa te kunnen worden aangemerkt, moet een transactie dus aan drie voorwaarden voldoen:

— de inbrengende vennootschap mag niet worden ontbonden;

— de inbreng moet de gehele bedrijvigheid van de inbrengende vennootschap betreffen dan wel een of meer takken daarvan;

— de inbrengende vennootschap moet als tegenprestatie voor haar inbreng bewijzen van deelgerechtigdheid krijgen in het maatschappelijk kapitaal van de vennootschap die de inbreng ontvangt.

20. In de onderhavige zaak levert de eerste voorwaarde geen bijzondere problemen op, want het lijdt geen twijfel dat de inbrengende vennootschap niet is ontbonden. Moeilijker is de vraag of in casu de gehele bedrijvigheid van de inbrengende vennootschap dan wel een of meer takken daarvan daadwerkelijk aan de ontvangende vennootschap zijn overgedragen.

21. Volgens Randers Sport is er sprake van inbreng van de gehele bedrijvigheid van een vennootschap wanneer de activa en passiva die aan de ontvangende vennootschap

worden overgedragen, een zelfstandige economische eenheid vormen die op eigen kracht kan functioneren. Dat de inbrengende vennootschap bepaalde activa, in casu het geleende bedrag, behoudt, is hiervoor daarentegen geheel irrelevant. Een andere benadering is volgens haar in strijd met de ratio van de richtlijn, die transacties als deze beoogt te bevorderen door zoveel mogelijk de fiscale hindernissen te verwijderen die door de wettelijke regelingen van de lidstaten worden opgeworpen. Volgens de andere partijen is daarentegen niet aan deze voorwaarde voldaan bij een kunstmatige opsplitsing tussen de inbrengende en de ontvangende vennootschap van een vermogensbestanddeel dat activa en passiva omvat, zoals de lening die Randers Sport had gesloten.

22. Ik vind laatstbedoelde stelling overtuigender. Artikel 2, sub i, van de richtlijn bepaalt immers dat bij de inbreng van een tak van bedrijvigheid „*het totaal van de activa en passiva* van een afdeling van een vennootschap die uit organisatorisch oogpunt een onafhankelijke exploitatie vormen, dat wil zeggen een geheel dat op eigen kracht kan functioneren" (cursivering van mij), wordt overgedragen. De gemeenschapswetgever heeft het in een dergelijke situatie dus noodzakelijk geacht, dat de activa en passiva die verbonden zijn aan een bepaalde bedrijvigheid die bijzondere tekenen van onafhankelijkheid vertoont, in hun totaliteit worden overgedragen. Wordt een aan een dergelijke bedrijvigheid verbonden actief niet overgedragen, dan kan de transactie dus niet worden aangemerkt als een inbreng van een tak van bedrijvigheid in de zin van artikel 2 van de richtlijn; om dezelfde redenen kan de inbreng van een tak van bedrijvigheid in de zin van artikel 2 van de richtlijn geen rechtvaardiging vormen voor de overdracht van een passivum dat verbonden is aan een daarvan onderscheiden bedrijvigheid die bij de inbrengende vennootschap is gebleven.

23. Randers Sport voert hiertegen aan dat in casu niet een tak van bedrijvigheid is ingebracht, maar de gehele bedrijvigheid van de inbrengende vennootschap. In een dergelijk geval wordt niet uitdrukkelijk verlangd dat „het totaal van de activa en passiva" wordt ingebracht. Wanneer een dergelijke voorwaarde echter geldt voor de overgang van een tak van bedrijvigheid, moet zij mijns inziens a fortiori gelden wanneer de transactie betrekking heeft op de gehele bedrijvigheid van de inbrengende vennootschap. Mijns inziens wordt de voorwaarde voor dat geval niet uitdrukkelijk vermeld, omdat zij wordt geacht daarin besloten te liggen.

24. Maar los hiervan ben ik er niet van overtuigd, dat in casu de gehele bedrijvigheid van de inbrengende vennootschap is overgegaan. De lening, die een aanzienlijke waarde had (meer dan 30 maal die van het maatschappelijk kapitaal), was namelijk gesloten voordat de inbreng plaatsvond, met de bedoeling dat het betrokken bedrag deel zou blijven uitmaken van het vermogen van de inbrengende vennootschap, zodat het noch bestemd was voor de financiering van de handel in sportartikelen, welke bedrijvigheid later naar Randers Sport Nyt is overgegaan, noch voor uit-

kering aan de vennoten in de vorm van een dividend (waarover dan uiteraard normaal belasting had moeten worden betaald). Ongeacht het gebruik waarvoor het geleende bedrag bestemd was (ook indien dit enkel voor financiële doeleinden was), vaststaat dat het bestemd was voor een andere bedrijvigheid dan die welke aan de ontvangende vennootschap was overgedragen en dat het daardoor dus, althans potentieel, hoorde bij een andere tak van bedrijvigheid die bij de inbrengende vennootschap was gebleven. In casu kan dus niet worden volgehouden dat de gehele bedrijvigheid van Randers Sport naar de ontvangende vennootschap zou overgaan. Integendeel, de anomalie van de litigieuze transactie lag juist in het feit dat aan de ontvangende vennootschap de handel in sportartikelen zou worden overgedragen tezamen met de verplichting om een bedrag terug te betalen dat was bestemd voor een andere bedrijvigheid, die, ontdaan van het bijbehorende passief, bij de inbrengende vennootschap zou blijven.

25. Op grond van de bijzondere kenmerken van de onderhavige transactie acht ik het uitgesloten, dat deze een inbreng van activa vormt in de zin van artikel 2 van de richtlijn, en wel omdat de activa en de passiva uit de verbintenis die de overdragende vennootschap was aangegaan, over die vennootschap en de ontvangende vennootschap moesten worden verdeeld. Deze conclusie volgt mijns inziens uit de structurele en objectieve kenmerken van de transactie, los van het hiermee nagestreefde doel. Het is in dit verband dus irrelevant, dat de transactie zou worden uitgevoerd om de waarde te verlagen van de aan Randers Sport Nyt overgedragen bedrijvigheid teneinde een generatiewisseling te vergemakkelijken.

26. Volledigheidshalve merk ik nog op, dat volgens de Commissie in casu ook niet is voldaan aan de derde voorwaarde van artikel 2 van de richtlijn, dat wil zeggen de voorwaarde dat als tegenprestatie voor de inbreng bewijzen van deelgerechtigdheid in het maatschappelijk kapitaal van de ontvangende vennootschap moeten worden afgegeven. In casu zou aan de ontvangende vennootschap in ruil voor de inbreng de schuld worden overgedragen die voortvloeide uit een lening die de inbrengende vennootschap had gesloten. De transactie zou dus in werkelijkheid een soort verkoop zijn geweest en als zodanig niet onder de definitie van artikel 2 van de richtlijn vallen. Mijns inziens ziet de Commissie hierbij echter over het hoofd, dat Randers Sport in ruil voor de verschillende activa en passiva die aan Randers Sport Nyt waren overgedragen, uitsluitend aandelen in de ontvangende vennootschap zou moeten krijgen. Ik zie dan ook niet waarin de verkooptransactie zou bestaan waarover de Commissie het heeft.

27. Voordat ik het onderzoek van de eerste drie vragen afrond, wil ik ten slotte kort ingaan op de — door de verwijzende rechter uitdrukkelijk vermelde — omstandigheid dat de inbrengende vennootschap een klein aandelenpakket heeft behouden in een derde vennootschap, en wel om na te gaan of die omstandigheid van invloed kan zijn op de kwalificatie van de onderhavige transactie als inbreng van activa in de zin van artikel 2 van de richtlijn. In dit verband beperk ik mij tot de opmerking dat de omstandigheid dat de inbrengende vennootschap een pakket aandelen behoudt, weliswaar kan uitsluiten dat er sprake is

van inbreng van de gehele bedrijvigheid van laatstgenoemde vennootschap in de ontvangende vennootschap, maar dat hetzelfde niet kan worden gezegd met betrekking tot de overdracht van een tak van bedrijvigheid die met het betrokken aandelenpakket geen verband houdt.

28. Concluderend geef ik het Hof in overweging om op de eerste drie vragen te antwoorden, dat er geen sprake is van inbreng van activa in de zin van artikel 2, sub c en i, van richtlijn 90/434 wanneer bij een transactie de opbrengst van een door de inbrengende vennootschap gesloten lening binnen deze vennootschap blijft en de bijbehorende verplichtingen op de ontvangende vennootschap overgaan, en wel ongeacht de doelstellingen die worden nagestreefd met deze opsplitsing van de activa en de passiva van de lening. Er kan daarentegen sprake zijn van inbreng van activa in de zin van artikel 2, sub c en i, van de richtlijn wanneer de inbrengende vennootschap bij de overdracht van een tak van bedrijvigheid een zelfstandig aandelenpakket behoudt in een derde vennootschap.

De vierde vraag

29. Met de vierde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de bevoegde autoriteiten van de lidstaten op grond van artikel 2, sub c en i, van richtlijn 90/434 mogen vaststellen dat de in artikel 4 van de richtlijn genoemde vrijstelling van belasting over de meerwaarde niet geldt wanneer de inbrengende vennootschap of derden zekerheid stellen ten gunste van de ontvangende vennootschap, omdat in een dergelijk geval aan de onafhankelijkheid van de ontvangende vennootschap kan worden getwijfeld.

30. Alle partijen lijken het er in wezen over eens te zijn, dat de ontvangende vennootschap op grond van artikel 2 van de richtlijn economisch onafhankelijk moet zijn en op eigen kracht moet kunnen functioneren. Met betrekking tot het onderhavige geval komen zij echter tot verschillende conclusies, voornamelijk omdat zij de voorwaarde die de Ligningsråd in casu heeft opgelegd, verschillend beoordelen.

31. Zo acht in het bijzonder de Deense regering deze voorwaarde geoorloofd, omdat haars inziens uit het feit dat de inbrengende vennootschap de aandelen van de ontvangende vennootschap in pand moet geven tot zekerheid van een door deze laatste vennootschap verkregen bedrijfskrediet, blijkt dat de ontvangende vennootschap onmogelijk op eigen kracht kan functioneren. In dezelfde lijn, maar zonder zich specifiek over de voorwaarde van de Ligningsråd uit te spreken, benadrukt de Nederlandse regering dat zelfstandigheid van de ontvangende onderneming moet worden uitgesloten wanneer, gezien de modaliteiten van de inbreng (waaronder het feit dat er een aanzienlijke schuld is ten laste van de ontvangende vennootschap), laatstgenoemde vennootschap niet kan functioneren zonder zekerheidsstelling door de inbrengende vennootschap, die haar in staat stelt een bedrijfskrediet op te nemen. Randers Sport en de Commissie verwijten de Ligningsråd daarentegen dat hij de voorwaarde in absolute

termen heeft gesteld, zonder specifiek na te gaan hoe zelfstandig de ontvangende vennootschap in feite was.

32. Ik ben eveneens van mening dat de ontvangende vennootschap onafhankelijk van de inbrengende vennootschap moet zijn en voldoende middelen moet hebben om haar eigen economische activiteiten te ontplooien, eventueel met gebruikmaking van een krediet op normale marktvoorwaarden. Dit is met zoveel woorden bepaald in artikel 2, sub i, van de richtlijn voor de inbreng van een tak van bedrijvigheid die, zoals reeds gezien, moet bestaan uit „een geheel dat op eigen kracht kan functioneren." Maar dezelfde conclusie dringt zich — zelfs a fortiori — ook op wanneer de gehele bedrijvigheid van een vennootschap overgaat. Ik ben het echter eens met Randers Sport, de Commissie en de Nederlandse regering dat de nationale autoriteiten hiertoe de zaken van geval tot geval moeten beoordelen om met de bijzonderheden van elk afzonderlijk geval rekening te kunnen houden. In het bijzonder wanneer de inbrengende vennootschap zekerheid stelt voor een krediet dat de ontvangende vennootschap heeft opgenomen, dienen de nationale autoriteiten na te gaan of een dergelijke zekerheid voor de ontvangende vennootschap onontbeerlijk is om haar eigen activiteiten te kunnen ontplooien. Is dit het geval, dan moet worden geconcludeerd dat de ontvangende vennootschap niet op eigen kracht kan functioneren en dat de transactie dientengevolge niet kan worden aangemerkt als een inbreng van activa in de zin van artikel 2, sub c en i, van de richtlijn.

33. Of de Ligningsråd die toetsing inderdaad heeft verricht en of de conclusie waartoe hij is gekomen, juist is, is een vraag die de verwijzende rechter in het licht van de omstandigheden van het concrete geval moet beoordelen. Voorzover hier van belang, wil ik slechts opmerken dat het voor een dergelijke beoordeling belangrijk kan zijn om in het licht van de nationale wettelijke regeling vast te stellen of de interventie van de inbrengende vennootschap (die de aandelen van de ontvangende vennootschap in pand heeft gegeven om deze vennootschap in staat te stellen een bedrijfskrediet op te nemen) voor haar aansprakelijkheid jegens de kredietverlenende bank meebracht. Die omstandigheid zou tot de conclusie kunnen leiden, dat de ontvangende vennootschap er zonder die interventie niet in zou zijn geslaagd om zich op de markt de voor een normale uitoefening van haar eigen activiteiten vereiste middelen te verschaffen. Nogmaals gezegd, de beoordeling van dit punt staat echter aan de nationale rechter.

34. Concluderend geef ik het Hof in overweging, op de vierde vraag te antwoorden, dat voor een inbreng van activa in de zin van artikel 2, sub c en i, van richtlijn 90/434 de ontvangende vennootschap onafhankelijk van de inbrengende vennootschap moet zijn en over voldoende middelen moet beschikken om haar eigen economische activiteiten te ontplooien, eventueel met gebruikmaking van een krediet op normale marktvoorwaarden. Wanneer de inbrengende vennootschap zekerheid stelt voor een krediet dat de ontvangende vennootschap heeft opgenomen, dienen de nationale autoriteiten na te gaan of een dergelijke zekerheid voor de ontvangende vennootschap onontbeerlijk is om haar eigen activiteiten te ontplooien. Is dit het geval, dan moet worden geconcludeerd dat de ontvangende vennootschap niet op eigen kracht kan functioneren.

Conclusie

In het licht van het voorafgaande geef ik het Hof in overweging, de vragen van het Vestre Landsret te beantwoorden als volgt:

„Er is geen sprake van inbreng van activa in de zin van artikel 2, sub c en i, 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, wanneer bij een transactie de opbrengst van een door de inbrengende vennootschap gesloten lening binnen deze vennootschap blijft en de bijbehorende verplichtingen op de ontvangende vennootschap overgaan, en wel ongeacht de doelstellingen die worden nagestreefd met deze opsplitsing van de activa en de passiva van de lening. Er kan daarentegen sprake zijn van inbreng van activa in de zin van artikel 2, sub c en i, van de richtlijn wanneer de inbrengende vennootschap bij de overdracht van een tak van bedrijvigheid een zelfstandig aandelenpakket behoudt in een derde vennootschap.

Wil er sprake zijn van inbreng van activa in de zin van artikel 2, sub c en i, van richtlijn 90/434, dan moet de ontvangende vennootschap onafhankelijk van de inbrengende vennootschap zijn en moet zij over voldoende middelen beschikken om haar eigen economische activiteiten te ontplooien, eventueel met gebruikmaking van een krediet op normale marktvoorwaarden. Wanneer de inbrengende vennootschap zekerheid stelt voor een krediet dat de ontvangende vennootschap heeft opgenomen, dienen de nationale autoriteiten na te gaan of een dergelijke zekerheid voor de ontvangende vennootschap onontbeerlijk is om haar eigen activiteiten te ontplooien. Is dit het geval, dan moet worden geconcludeerd dat de ontvangende vennootschap niet op eigen kracht kan functioneren."