FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT ANTONIO TIZZANO

föredraget den 11 september 2001 [1]

1. Vestre Landsret (en dansk domstol) har, genom beslut av den 9 februari 2000, i enlighet med artikel 234 EG ställt fyra frågor om tolkningen av artikel 2 c och i i rådets direktiv 90/434/EEG av den 23 juli 1990 om ett gemensamt beskattningssystem för fusion, fission, överföring av tillgångar och utbyte av aktier eller andelar som berör bolag i olika medlemsstater (nedan kallat direktiv 90/434 eller helt enkelt direktivet) [2].

Tillämpliga bestämmelser

Gemenskapsrätt

2. Direktiv 90/434 antogs för att undanröja hinder av beskattningskaraktär som uppställs i nationell lagstiftning för fusion, fission, överföring av tillgångar och utbyte av aktier eller andelar som berör bolag i olika medlemsstater. Av övervägandena i direktivet framgår i synnerhet att det gemensamma beskattningssystem som införs genom detta har syftet att "undvika beskattning av fusioner, fissioner, överföring av tillgångar eller utbyte av aktier eller andelar samtidigt som det bör värna om den stats ekonomiska intressen där överlåtande eller övertaget bolag är hemmahörande".

3. I artikel 1 i direktivet stadgas att "[v]arje medlemsstat skall tillämpa detta direktiv på fusioner, fissioner, överföring av tillgångar och utbyte av aktier och andelar som berör bolag från två eller flera medlemsstater". I artikel 2 anges dessutom, såvitt här är av intresse, att det "[i] detta direktiv används följande beteckningar med de betydelser som här anges:

...

c) överföring av tillgångar: en transaktion varigenom ett bolag utan att upplösas överför alla eller en eller flera av sina verksamhetsgrenar till ett annat bolag i utbyte mot värdepapper som representerar kapitalet i det bolag som tar emot de överförda tillgångarna,

1 — Originalspråk: italienska.

2 — EGT L 225, s. 1; svensk specialutgåva område 9, volym 2, s. 20.

...

Nationell rätt

i) verksamhetsgren: alla tillgångar och skulder i en del av ett bolag som från organisatorisk synpunkt utgör en oberoende verksamhet, dvs. en enhet som kan fungera på egen hand."

4. Enligt artikel 9 i direktivet är artikel 4 i samma direktiv tillämplig på överföringar av tillgångar. I den sistnämnda artikeln anges följande:

"En fusion eller fission skall inte leda till beskattning av kapitalvinst beräknad som skillnaden mellan det verkliga värdet av de tillgångar och skulder som har överförts och deras skattemässiga värde." Med skattemässigt värde förstås "det värde som skulle ha legat till grund för beräkning av vinst eller förlust vid beskattning av inkomst, vinst eller kapitalvinst i det överlåtande bolaget om dess tillgångar eller skulder hade sålts vid tidpunkten för fusionen eller fissionen men oberoende av denna" (artikel 4.1).

5. I 15 § c i fusionsskatteloven (dansk lag om beskattning av fusioner) stadgas följande:

"1. Vid överföring av tillgångar skall de berörda bolagen beskattas enligt reglerna i 15 § d, när såväl det överförande bolaget som det övertagande bolaget omfattas av begreppet bolag i en medlemsstat i den mening som avses i artikel 3 i direktiv 90/434. Detta under förutsättning att Ligningsrådet ger sitt tillstånd. Ligningsrådet kan fastställa särskilda villkor för tillstånd.

2. Med överföring av tillgångar förstås en transaktion varigenom ett bolag utan att upplösas överför hela sin verksamhet eller en eller flera grenar av denna till ett annat bolag mot ersättning i form av aktier eller andelar i det övertagande bolaget. Med en verksamhetsgren förstås alla tillgångar och skulder i en del av ett bolag, som från organisatorisk synpunkt utgör ett oberoende företag, det vill säga en enhet som kan fungera på egen hand."

6. Enligt den hänskjutande domstolen följer det av de beskattningsregler som anges i 15 § d i fusionsskatteloven angående över-

föring av tillgångar "att en sådan transaktion — i överensstämmelse med de materiella bestämmelserna i fusionsskattedirektivet — kan genomföras utan kapitalvinstbeskattning, medan det övertagande bolaget inträder i det överlåtande bolagets skatterättsliga ställning".

Faktiska förhållanden och tolkningsfrågor

7. Den nationella domstolen har bland annat understrukit att det av förarbetena till fusionsskatteloven framgår följande:

"Lagförslaget syftar till att genomföra de ändringar av den danska skattelagstiftningen som är nödvändiga för att följa fusionsdirektivet.

Lagförslaget syftar också till att uppställa regler som överensstämmer med bestämmelserna i fusionsdirektivet om fission, överföring av tillgångar och utbyte av aktier mellan bolag som alla har sitt säte i Danmark.

...

Begreppet överföring av tillgångar ges i 15 § c andra stycket samma definition som i artikel 2 c i fusionsdirektivet. Begreppet verksamhetsgren ges samma definition som i artikel 2 i i fusionsdirektivet."

8. Av beslutet om hänskjutande framgår att Randers Sport A/S, som är ett aktiebolag (med ett aktiekapital på 300 000 DKK) och kärande i målet vid den nationella domstolen, bedrev grossist- och detaljistverksamhet avseende distribution av sportartiklar. Delägarna i Randers Sport beslutade år 1996 i syfte att genomföra ett generationsskifte i bolaget, vilket även inbegrep att två medarbetare i bolaget skulle ingå i styrelsen, att överföra bolagets tillgångar till ett nytt bolag, Randers Sport Nyt A/S, i vilket, förutom Randers Sport, även de två medarbetarna skulle äga andelar.

9. Målsättningen med att bilda Randers Sport Nyt var i synnerhet att hålla det egna kapital som under årens lopp ackumulerats av det överförande bolaget avskilt och att göra det möjligt för de båda medarbetarna att mot en mindre ersättning erhålla betydande aktieposter i det nya företaget, vars kapital uppgår till ett lågt belopp. I detta syfte tog Randers Sport ett betydande lån (uppgående till 10 000 000 DKK), i avsikt att låta den lånade summan kvarstå i detta bolag, medan motsvarande skuld skulle överföras till Randers Sport Nyt, vilket

skulle medföra en avsevärd minskning av det övertagande bolagets värde. För att uppbringa den likviditet som var nödvändig för att kunna bedriva verksamhet erhöll det sistnämnda bolaget en driftskredit hos en bank, vilken såsom säkerhet begärde att få aktierna i bolaget i pant. Denna invecklade transaktion skulle slutligen innebära att det överförande bolaget, förutom det lånade beloppet, skulle ha kvar en liten aktiepost i ett tredje bolag, som vid denna tidpunkt befann sig i likvidation.

10. Kärandebolaget ansökte genom skrivelse av den 6 juni 1996 hos Ligningsrådet (den högsta danska myndighet som är behörig i diverse skatterättsliga frågor) om tillstånd att utnyttja möjligheten till undantagande från skatt i 15 § c och 15 § d i fusionsskatteloven vid den planerade överföringen. Ligningsrådet meddelade i skrivelse av den 20 november 1996 att transaktionen endast kunde betecknas som en överföring av tillgångar i den mening som avses i den ovannämnda bestämmelsen och att bolaget således skulle slippa beskattning av kapitalvinsten under följande förutsättningar:

i) Lånebeloppet och den motsvarande skulden skall antingen kvarstå i det överförande bolaget eller också skall båda överföras till det övertagande bolaget.

ii) Varken det överförande bolaget, de fysiska personer som är huvudaktieägare i detta bolag eller tredje män skall ställa säkerhet i form av borgen, pant, garanti eller liknande till förmån för det övertagande bolaget.

11. Ligningsrådet angav, för att klargöra skälen till sitt beslut, vad avser det första villkoret att sambandet mellan den aktuella tillgången och den aktuella skulden (upplånade medel respektive förpliktelsen att återbetala lånet) i praktiken är sådant att de inte kan fördelas mellan det överförande bolaget och det övertagande bolaget. Rådet i fråga underströk även att det andra villkoret syftade till att säkerställa att det sistnämnda bolaget skulle kunna drivas med sina egna medel.

12. Randers Sport bestred visserligen Ligningsrådets beslut, men bolaget i fråga anpassade sig vid den planerade överföringen till de villkor som denna myndighet hade uppställt. Den 15 mars 1997 väckte bolaget dock talan vid Vestre Landsret mot skatteministeriet (finansdepartementet) och yrkade att den nämnda domstolen skulle fastställa att de villkor som Ligningsrådet hade uppställt inte var rättsenliga, eftersom enligt bolagets mening en felaktig tolkning av begreppet överföring av tillgångar enligt direktiv 90/434 låg till grund för dessa villkor. I svaromålet anförde svaranden att talan inte kunde tas upp till prövning, eftersom kärandebolaget inte hade något intresse av att få tvisten sliten, med hänsyn till att det hade anpassat sig till de villkor som Ligningsrådet hade uppställt. Denna invändning lämnades utan bifall i beslut av den 27 mars 1998. Vestre

Landsret, som hyste allvarliga tvivel avseende tolkningen av direktiv 90/434, vilandeförklarade dock målet och hänsköt följande tolkningsfrågor till EG-domstolen:

"1. Skall bestämmelserna i direktiv 90/434/EEG (fusionsdirektivet) tolkas så, att det strider mot bestämmelserna i detta direktiv, särskilt mot artikel 2 c och 2 i, att en medlemsstats myndigheter vägrar att anse att en transaktion omfattas av direktivets bestämmelser om överföring av tillgångar, när transaktionen i fråga innebär att det överförande bolagets samtliga tillgångar och skulder överförs till ett annat bolag (det övertagande bolaget) med undantag för dels en mindre aktiepost, dels de medel som erhållits genom ett av det överförande bolaget upptaget lån?

2. Har det någon betydelse för svaret på fråga 1 huruvida det överförande bolaget upptog lånet i fråga i syfte att minska nettovärdet av de tillgångar och skulder som överförs till det övertagande bolaget, eftersom lånebeloppet skall stanna kvar i det överförande bolaget, medan den motsvarande skulden skall överföras till det övertagande bolaget?

3. Har det någon betydelse för svaret på fråga 1 och/eller fråga 2 huruvida lånet i fråga upptogs i syfte att skapa möjlighet för tidigare medarbetare att, som ett led i ett generationsskifte i företaget, finansiera förvärv av aktieposter i det övertagande bolaget?

4. Skall bestämmelserna i fusionsdirektivet, särskilt artikel 2 i i direktivet, förstås så, att det strider mot dessa bestämmelser att det uppställs som villkor för att anse att en åtgärd omfattas av direktivets bestämmelser om överföring av tillgångar att varken det överförande bolaget, de fysiska personer som är huvudaktieägare eller tredje man i övrigt ställer säkerhet till förmån för det övertagande bolaget om det övertagande bolagets framtida likviditetsbehov skall finansieras genom en driftskredit från ett kreditinstitut som har begärt pant i aktierna i det övertagande bolaget?"

13. I förfarandet inför domstolen har parterna i målet vid den nationella domstolen, den nederländska regeringen och kommissionen deltagit. De har avgivit yttranden skriftligen och, vid den muntliga förhandlingen, muntligen.

Rättslig prövning

Upptagande till sakprövning

14. Även om ingen av de berörda har hävdat att förevarande begäran om förhandsavgörande inte kan tas upp till prövning i sak måste jag påpeka att endast de nationella bestämmelserna i fusionsskatteloven är tillämpliga i målet vid den nationella domstolen, och inte bestämmelserna i direktiv 90/434, vilka de frågor som har hänskjutits till domstolen avser. Som ovan har framgått är direktivet nämligen endast tillämpligt på fusioner, fissioner, överföring av tillgångar och utbyte av aktier och andelar *som berör bolag från två eller flera medlemsstater* (artikel 1). I förevarande fall avser den omtvistade överlåtelsen däremot två danska bolag.

15. Även om detta förhållande skulle kunna föranleda tvivel i frågan huruvida begäran om förhandsavgörande kan tas upp till prövning måste jag i likhet med Vestre Landsret understryka att fusionsskatteloven, som klart framgår av dess förarbeten, innebär införlivande av direktiv 90/434 i den nationella rättsordningen och att de lösningar som valts i detta direktiv genom fusionsskatteloven utsträcks till att gälla även rent interna situationer. Som kommissionen har påpekat har domstolen redan haft anledning att avseende just direktiv 90/434 ange att den "med stöd av artikel 177 i fördraget är behörig att tolka gemenskapsrätten när situationen i fråga inte direkt regleras av denna rätt, men då den nationelle lagstiftaren vid införlivandet av direktivets bestämmelser med den nationella rätten har beslutat att rent interna situationer skall behandlas på samma sätt som de situationer som regleras i direktivet, varför han har anpassat den interna lagstiftningen till gemenskapsrätten". Enligt domstolen föreligger det nämligen "[n]är en nationell lagstiftning för lösningen av problem i rent interna situationer anpassas till den lösning som har valts i gemenskapsrätten — för att bland annat undvika att inhemska medborgare diskrimineras, eller att det uppstår eventuella snedvridningar av konkurrensen... — ett bestämt gemenskapsrättsligt intresse av att de bestämmelser eller begrepp som har hämtats från gemenskapsrätten blir tolkade på ett enhetligt sätt, oberoende av under vilka omständigheter de skall tillämpas, för att undvika att det i framtiden förekommer tolkningar som skiljer sig åt". Domstolen har dock betonat att det "i ett sådant fall, och inom ramen för fördelningen av den dömande funktionen mellan de nationella domstolarna och EG-domstolen, enligt artikel 177, ankommer... enbart på den nationella domstolen att bedöma den exakta betydelsen av hänvisningen till gemenskapsrätten, eftersom EG-domstolens behörighet är begränsad till att granska enbart gemenskapsrättsliga bestämmelser" [3].

16. Med hänsyn till att denna entydiga inriktning i rättspraxis och till att situationerna väsentligen är desamma tror jag inte att man kan finna att Vestre Landsrets begäran om förhandsavgörande inte kan tas upp till prövning.

3 — Dom av den 17 juli 1997 i mål C-28/95, Leur-Bloem, REG 1997, s. I-4161, punkterna 32—34.

De första tre frågorna

17. Efter att ha konstaterat detta, och för att återgå till den danska domstolens frågor, anser jag att de första tre frågorna kan granskas gemensamt, med hänsyn till att de väsentligen avser samma grundfråga, det vill säga huruvida artikel 2 c och 2 i i direktiv 90/434 innebär att undantagandet av kapitalvinst från beskattning enligt artikel 4 i samma direktiv inte kan tillämpas om ett bolag överför alla sina tillgångar och skulder till ett annat bolag utom dels en liten aktiepost, dels ett belopp som erhållits genom ett lån som upptagits av det överförande bolaget. För att ytterligare precisera frågan har Vestre Landsret även frågat om det härvid har betydelse huruvida transaktionen genomförs för att minska nettovärdet av överföringen, i syfte att underlätta en generationsskiftesprocess avseende driften av bolagets verksamhet.

18. För att kunna besvara den hänskjutande domstolens frågor bör det först och främst erinras om att överföring av tillgångar enligt definitionen i samma direktiv är "en transaktion varigenom ett bolag utan att upplösas överför alla eller en eller flera av sina verksamhetsgrenar till ett annat bolag i utbyte mot värdepapper som representerar kapitalet i det bolag som tar emot de överförda tillgångarna" (artikel 2 c).

19. För att det skall kunna anses föreligga en överföring av tillgångar skall således tre villkor vara uppfyllda:

— bolaget skall inte vara upplöst,

— överföringen skall avse alla eller en eller flera av det överförande bolagets verksamhetsgrenar, och

— detta bolag skall som vederlag för överföringen erhålla värdepapper som representerar kapitalet i det bolag som tar emot de överförda tillgångarna.

20. Vad gäller förevarande fall föranleder det första villkoret inte några särskilda problem, eftersom det står utom allt tvivel att det överförande bolaget inte är upplöst. Det är däremot svårare att fastställa huruvida alla eller en eller flera av det överförande bolagets verksamhetsgrenar i förevarande fall har överförts till det övertagande bolaget.

21. Enligt sökanden i målet vid den nationella domstolen äger överlåtelse av ett bolags samtliga tillgångar rum varje gång som de tillgångar och skulder som överförs till det övertagande bolaget utgör en oberoende ekonomisk enhet som kan fungera på egen hand. I detta sammanhang saknar

det däremot betydelse att vissa tillgångar, som i förevarande fall det lånade beloppet, stannar kvar i det överförande bolaget. Den ovannämnda sökanden har hävdat att syftet med direktivet i annat fall skulle förfelas. Detta syfte är att främja de transaktioner som direktivet avser genom att i möjligaste mån undanröja hinder av skatterättslig art som uppställts i bestämmelser i medlemsstaterna. Enligt övriga berördas mening är det ifrågavarande villkoret däremot inte uppfyllt om en enhetlig del som innehåller tillgångar och skulder, som det lån som Randers Sport har tagit, på ett konstlat sätt fördelas mellan det överförande och det övertagande bolaget.

22. Den sistnämnda åsikten är enligt min mening mer övertygande. I artikel 2 i i direktivet stadgas nämligen att "*alla tillgångar och skulder* i en del av ett bolag som från organisatorisk synpunkt utgör en oberoende verksamhet, dvs. en enhet som kan fungera på egen hand" (min kursivering) skall överföras vid överföring av en verksamhetsgren. Gemenskapslagstiftaren har således ansett att det är nödvändigt att de tillgångar och skulder som är en nödvändig del av en viss verksamhet, vilken har vissa karaktäristiska egenskaper som tyder på oberoende, i dylika fall skall överföras i sin helhet. Det förhållandet att en tillgång som är en nödvändig del av en sådan verksamhet inte har överförts innebär således att transaktionen inte kan kvalificeras som överföring av en verksamhetsgren i den mening som avses i artikel 2 i direktivet. Följaktligen kan en överföring av en verksamhetsgren i den mening som avses i artikel 2 i direktivet inte motivera överföring av en skuld som är en nödvändig del av en annan verksamhet som har förblivit hos det överförande bolaget.

23. Sökanden i målet vid den nationella domstolen har i detta hänseende invänt att det i förevarande fall inte har varit fråga om överföring av en verksamhetsgren, utan om överföring av det överförande bolagets hela verksamhet. I dylika fall krävs inte uttryckligen att "alla tillgångar och skulder" skall överföras. Jag noterar dock att om detta villkor uppställs vid överföring av en verksamhetsgren borde detta i än högre grad vara nödvändigt om transaktionen avser det överförande bolagets hela verksamhet. Jag anser tvärtom att skälet till att det inte uttryckligen anges att villkoret i fråga gäller det sistnämnda fallet är just att det tas för givet att det skall gälla.

24. Även bortsett från denna iakttagelse är jag dock inte alls övertygad om att det i förevarande fall är fråga om överföring av det överförande bolagets hela verksamhet. Lånet, som uppgick till ett betydande belopp (mer än 30 gånger större än bolagskapitalet), upptogs nämligen före överföringen, i avsikt att lånebeloppet skulle kvarstå bland det överförande bolagets tillgångar. Följaktligen var det inte avsett att vare sig finansiera den verksamhet avseende distribution av sportartiklar som sedan överfördes till Randers Sport Nyt eller att delas ut till aktieägarna i form av vinst (i vilket fall beloppet givetvis skulle ha

beskattats vederbörligen). För vilket ändamål det lånade beloppet än var avsett (även om detta skulle vara av rent finansierande art) står det klart att beloppet var avsett för en annan verksamhet än den som har överförts till det övertagande företaget och att det därmed åtminstone potentiellt avsåg en annan verksamhetsgren som har kvarstått inom det överförande bolaget. I förevarande fall kan det följaktligen inte anses att hela verksamheten i Randers Sport var avsedd att överföras till det övertagande bolaget. Tvärtom bestod den ifrågavarande transaktionens onormala art just i det förhållandet att verksamheten avseende saluföring av sportartiklar skulle överföras till det övertagande bolaget tillsammans med skyldigheten att återbetala ett belopp som var avsett för en annan verksamhet, vilken däremot, befriad från motsvarande skuld, skulle kvarstå inom det överförande bolaget.

25. Den förevarande transaktionens särskilda egenskaper gör mig följaktligen benägen att finna att denna inte kan utgöra en överföring av tillgångar i den mening som avses i artikel 2 i direktivet, detta eftersom aktiv- och passivsidan av den skuld som det övertagande bolaget har ådragit sig skulle fördelas mellan det sistnämnda bolaget och det övertagande bolaget. Jag skulle vilja tillägga att detta enligt min mening följer av transaktionens strukturella och faktiska egenskaper, oberoende av dess ändamål. Det är således utan betydelse i detta hänseende att transaktionen skulle genomföras för att minska värdet av den verksamhet som överfördes till Randers Sport Nytt i syfte att underlätta en generationsskiftesprocess.

26. För fullständighetens skull erinrar jag även om att inte heller det tredje av de ovannämnda villkoren i artikel 2 i direktivet enligt kommissionens mening har uppfyllts i förevarande fall, det vill säga villkoret att vederlaget för överföringen skall vara värdepapper som representerar bolagskapitalet i det övertagande bolaget. Enligt kommissionens mening var det övertagande bolaget i förevarande fall tvunget att i utbyte mot överföringen överta skulden avseende det lån som det överförande bolaget hade tagit. Transaktionen utgjorde följaktligen i själva verket en sorts försäljning och omfattades som sådan inte av definitionen i artikel 2 i direktivet. Jag anser dock att kommissionen bortser från det förhållandet att Randers Sport i utbyte mot de tillgångar och skulder som överfördes till Randers Sport Nyt endast skulle ha fått aktier i det övertagande bolaget. Därför kan jag inte se vad den försäljning som den ovannämnda institutionen talar om skulle bestå i.

27. Innan jag lämnar mitt förslag till avgörande avseende de tre första tolkningsfrågorna bör jag slutligen nämna det förhållandet — som uttryckligen har påtalats av den nationella domstolen — att en liten aktiepost i ett tredje bolag har kvarstått i det överförande bolaget, detta för att kunna bedöma huruvida detta förhållande kan påverka kvalifikationen av transaktionen som överföring av tillgångar i den mening som avses i artikel 2 i direktivet. I detta hänseende inskränker jag mig dock till att notera att även om det förhållandet att en aktiepost kvarstår inom det överförande bolaget skulle kunna innebära att

hela detta bolags verksamhet inte kan anses ha överförts till det övertagande bolaget kan detta inte sägas om överföring av en verksamhetsgren som är helt oberoende av den nämnda aktieposten.

28. Sammanfattningsvis föreslår jag att de tre första frågorna skall besvaras så, att en transaktion som innebär att ett belopp hänförligt till ett lån som det överförande bolaget har tagit upp kvarstår inom detta bolag och att den motsvarande skulden överförs till det övertagande bolaget inte utgör överföring av tillgångar i den mening som avses i artikel 2 c och 2 i i direktiv 90/434, detta oberoende av de ändamål som denna fördelning av lånets aktivsida respektive passivsida kan ha. Det kan däremot vara fråga om överföring av tillgångar i den mening som avses i artikel 2 c och 2 i i direktivet om en självständig aktiepost i ett tredje bolag kvarstår i det överförande bolaget vid överföring av en verksamhetsgren.

Den fjärde frågan

29. Den nationella domstolen har ställt sin fjärde fråga för att få klarhet i huruvida det enligt artikel 2 c och 2 i i direktiv 90/434 är tillåtet för de behöriga myndigheterna i medlemsstaterna att fastställa att undantagandet från beskattning av kapitalvinst enligt artikel 4 i direktivet inte är tillämpligt om det överförande bolaget eller tredje man ställer säkerhet till förmån för det övertagande bolaget, eftersom man i så fall kan betvivla att det övertagande bolaget är oberoende.

30. Alla de som deltagit i förfarandet förefaller vara väsentligen överens om att det övertagande bolaget enligt artikel 2 i direktivet skall vara ekonomiskt oberoende och skall kunna fungera på egen hand. De drar dock olika slutsatser vad avser förevarande fall, väsentligen på grund av att de gör olika tolkningar av de villkor som Ligningsrådet i förevarande fall har uppställt.

31. I synnerhet den danska regeringen finner att detta villkor är berättigat eftersom det förhållandet att det överförande bolaget måste lämna aktierna i det övertagande bolaget i pant för att ställa säkerhet för den driftskredit som detta har erhållit enligt den nämnda regeringens mening visar att det sistnämnda bolaget inte kan fungera på egen hand. Den nederländska regeringen har fört ett liknande resonemang, men utan att uttala sig specifikt om det villkor som Ligningsrådet har uppställt, och understrukit att det övertagande bolaget inte kan anses vara oberoende när detta med hänsyn till det sätt på vilket överföringen sker (inbegripet övertagande av en betydande skuld från det övertagande bolaget) inte kan fungera om det överförande bolaget inte ställer en säkerhet som gör det möjligt för det att erhålla en driftskredit. Det bolag som är

sökande i målet vid den nationella domstolen och kommissionen har däremot klandrat Ligningsrådet för att ha uppställt villkor i absoluta ordalag, utan att göra en särskild prövning av huruvida det övertagande bolaget faktiskt är oberoende.

32. Även jag anser att det övertagande bolaget måste vara oberoende av det överförande bolaget och ha tillräckliga medel för att kunna bedriva egen ekonomisk verksamhet, eventuellt med hjälp av kredit som ges under villkor som är normala på marknaden. Detta föreskrivs uttryckligen i artikel 2 i i direktivet avseende överföring av en verksamhetsgren, som, vilket har framgått ovan, skall bestå av "en enhet som kan fungera på egen hand", men samma sak måste — och med desto större anledning — gälla vid överföring av ett bolags hela verksamhet. Jag anser dock, i likhet med sökanden i målet vid den nationella domstolen, kommissionen och den nederländska regeringen, att de nationella myndigheterna härvid måste göra en bedömning i det enskilda fallet för att de särskilda omständigheterna i varje enskilt fall skall kunna beaktas. I synnerhet skall de nationella myndigheterna om det överförande bolaget ställer säkerhet för en kredit som har givits det övertagande bolaget bedöma huruvida denna säkerhet är oundgänglig för att det övertagande bolaget skall kunna bedriva sin verksamhet. Om så är fallet måste det anses att det sistnämnda bolaget inte kan fungera på egen hand och transaktionen kan följaktligen inte anses utgöra en överföring av tillgångar i den mening som avses i artikel 2 c och 2 i i direktivet.

33. Det ankommer på den nationella domstolen att mot bakgrund av omständigheterna i målet bedöma huruvida en sådan bedömning faktiskt har gjorts av Ligningsrådet och om rådet härvid har nått ett korrekt resultat. Såvitt här är av intresse inskränker jag mig till att notera att det vid en sådan bedömning kan vara av vikt att mot bakgrund av de nationella bestämmelserna fastställa huruvida det överförande bolagets (som har lämnat aktierna i det övertagande bolaget i pant för att göra det möjligt för detta att få en driftskredit) ingripande innebär att detta blir ansvarigt gentemot den bank som lämnar kredit. Denna omständighet skulle nämligen kunna föranleda bedömningen att det övertagande bolaget, om det överförande bolaget inte hade ingripit på detta sätt, inte på marknaden skulle ha kunnat erhålla de medel som är nödvändiga för att det på ett normalt sätt skall kunna bedriva sin verksamhet. Jag upprepar dock att bedömningen i denna fråga måste göras av den nationella domstolen.

34. Sammanfattningsvis föreslår jag att den fjärde frågan skall besvaras så, att det övertagande bolaget vid överföring av tillgångar i den mening som avses i artikel 2 c och 2 i i direktiv 90/434 måste vara oberoende av det överförande bolaget och ha tillräckliga medel för att kunna bedriva egen ekonomisk verksamhet, eventuellt genom att utnyttja kredit enligt villkor som är normala på marknaden. Om det överförande bolaget ställer säkerhet för en kredit som det övertagande bolaget har skall de nationella myndigheterna bedöma huruvida denna säkerhet är oundgänglig för att det övertagande bolaget skall kunna bedriva sin verksamhet. Om så är fallet skall det anses att det sistnämnda bolaget inte kan fungera på egen hand.

Förslag till avgörande

Mot bakgrund av ovanstående föreslår jag att de tolkningsfrågor som Vestre Landsret har ställt skall besvaras enligt följande:

En transaktion som innebär att ett belopp hänförligt till ett lån som det överförande bolaget har tagit kvarstår inom detta bolag och att den motsvarande skulden överförs till det övertagande bolaget utgör inte överföring av tillgångar i den mening som avses i artikel 2 c och 2 i i direktiv 90/434, detta oberoende av de ändamål som denna fördelning av lånets aktivsida respektive passivsida kan ha. Det kan däremot vara fråga om överföring av tillgångar i den mening som avses i artikel 2 c och 2 i i direktivet om en självständig aktiepost i ett tredje bolag kvarstår i det överförande bolaget vid överföring av en verksamhetsgren.

Det övertagande bolaget måste vid överföring av tillgångar i den mening som avses i artikel 2 c och 2 i i direktiv 90/434 vara oberoende av det överförande bolaget och ha tillräckliga medel för att kunna bedriva egen ekonomisk verksamhet, eventuellt genom att utnyttja kredit enligt villkor som är normala på marknaden. Om det överförande bolaget ställer säkerhet för en kredit som det övertagande bolaget har skall de nationella myndigheterna bedöma huruvida denna säkerhet är oundgänglig för att det övertagande bolaget skall kunna bedriva sin verksamhet. Om så är fallet skall det anses att det sistnämnda bolaget inte kan fungera på egen hand.