ARREST VAN HET HOF (Eerste kamer)

5 juli 2007 *

In zaak C-321/05,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG, ingediend door het Østre Landsret (Denemarken) bij beslissing van 3 augustus 2004, ingekomen bij het Hof op 23 augustus 2005, in de procedure

Hans Markus Kofoed

tegen

Skatteministeriet,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Eerste kamer),

samengesteld als volgt: P. Jann (rapporteur), kamerpresident, A. Tizzano, A. Borg Barthet, M. Ilešič en E. Levits, rechters,

* Procestaal: Deens.

advocaat-generaal: J. Kokott,
griffier: H. von Holstein, adjunct-griffier,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 18 januari 2007,

gelet op de opmerkingen van:

— Hans Markus Kofoed, vertegenwoordigd door L. Melchior Kjeldsen, advokat,

— de Deense regering, vertegenwoordigd door J. Molde als gemachtigde, bijgestaan door K. Lundgaard Hansen, advokat,

— de regering van het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland, vertegenwoordigd door C. Gibbs als gemachtigde, bijgestaan door J. Stratford, barrister,

— de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door H. Støvlbæk en R. Lyal als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 8 februari 2007,

het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 2, sub d, 8 en 11 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 (PB L 225, blz.1).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Kofoed en het Skatteministeriet (Ministerie van Financiën), betreffende de heffing van inkomstenbelasting ter zake van aandelenruil.

Rechtskader

Gemeenschapsregeling

3 Richtlijn 90/434 beoogt volgens de eerste overweging van de considerans ervan, te waarborgen dat herstructureringstransacties zoals fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil, waarbij vennootschappen uit verschillende lidstaten betrokken zijn, niet worden belemmerd door uit de fiscale voorschriften van de lidstaten voortvloeiende bijzondere beperkingen, nadelen of distorsies.

4 Hiertoe brengt de richtlijn een regeling tot stand, op grond waarvan geen belasting mag worden geheven over deze transacties als zodanig. Over eventueel uit deze transacties voortvloeiende meerwaarden mag wel belasting worden geheven, maar alleen op het moment waarop de meerwaarden daadwerkelijk worden gerealiseerd.

5 Artikel 2, sub d, van richtlijn 90/434 geeft de volgende definitie van „aandelenruil": „de rechtshandeling waarbij een vennootschap in het maatschappelijk kapitaal van een andere vennootschap een deelneming verkrijgt waardoor zij een meerderheid van stemmen in die vennootschap krijgt, en wel door aan de deelgerechtigden van de andere vennootschap, in ruil voor hun effecten, bewijzen van deelgerechtigdheid in het maatschappelijk kapitaal van de eerste vennootschap uit te reiken, eventueel met een bijbetaling in geld welke niet meer mag bedragen dan 10 % van de nominale waarde of, bij gebreke van een nominale waarde, van de fractiewaarde van de bewijzen die worden geruild".

6 Volgens artikel 2, sub g en h, van richtlijn 90/434, wordt verstaan onder „verworven vennootschap: de vennootschap waarin een andere vennootschap een deelneming verwerft door middel van een effectenruil", en onder „verwervende vennootschap: de vennootschap die een deelneming verwerft door middel van een effectenruil".

7 Artikel 8, leden 1 en 4, van de richtlijn luidt als volgt:

„1. Toekenning bij een fusie, een splitsing of een aandelenruil, van bewijzen van deelgerechtigdheid in het maatschappelijk kapitaal van de ontvangende of de verwervende vennootschap aan een deelgerechtigde van de inbrengende of verworven vennootschap in ruil voor bewijzen van deelgerechtigdheid in het maatschappelijk kapitaal van deze laatste vennootschap, mag op zich niet leiden tot enigerlei belastingheffing op het inkomen, de winst of de meerwaarden van deze deelgerechtigde.

[...]

4. De leden 1, 2 en 3 vormen geen beletsel voor het in aanmerking nemen, ter fine van het belasten van de deelgerechtigde, van een bijbetaling in geld die hem eventueel zou worden toegekend bij de fusie, de splitsing of de aandelenruil."

8 Artikel 11, lid 1, sub a, van richtlijn 90/434 bepaalt: „De lidstaten kunnen weigeren de bepalingen van de titels II, III en IV geheel of gedeeltelijk toe te passen of het voordeel ervan teniet doen indien blijkt dat de [...] aandelenruil als hoofddoel of een der hoofddoelen belastingfraude of -ontwijking heeft."

Nationale regeling

9 Naar Deens recht valt de fiscale behandeling van een aandelenruil enerzijds onder de aktieavancebeskatningsloven (wet inzake de belasting van meerwaarden bij vervreemding van aandelen) van 15 september 1993 (*Lovtidende* 1993, blz. 4171), en onder de fusionsskatteloven (wet inzake de belastingregeling voor fusies) van 27 augustus 1992 (*Lovtidende* 1992, blz. 3374).

10 Artikel 13 van de aktieavancebeskatningsloven bepaalt:

„1. In geval van aandelenruil worden de aandeelhouders van de verworven vennootschap belast volgens de artikelen 9 en 11 van de fusionsskatteloven, indien de verwervende en de verworven vennootschap vennootschappen uit een lidstaat zijn in de zin van artikel 3 van richtlijn 90/434/EEG. Als fusiedatum geldt de datum van de aandelenruil. De aandelenruil moet uiterlijk zes maanden na de eerste ruildag zijn gerealiseerd.

2. Onder ‚aandelenruil' in de zin van het eerste lid wordt verstaan de rechtshandeling waarbij een vennootschap in het maatschappelijk kapitaal van een andere vennootschap een deelneming verkrijgt waardoor zij een meerderheid van stemmen krijgt, en wel door aan de deelgerechtigden van de andere vennootschap, in ruil voor de ingebrachte aandelen, bewijzen van deelgerechtigdheid in het maatschappelijk kapitaal van de eerste vennootschap uit te reiken, eventueel met een bijbetaling in geld welke niet meer mag bedragen dan 10 % van de nominale waarde of, bij gebreke van een nominale waarde, van de fractiewaarde van de bewijzen die worden geruild.

[...]"

11 Artikel 9 van de fusionsskatteloven, waarnaar artikel 13, lid 1, van de aktieavancebeskatningsloven verwijst, luidt als volgt:

„1. De aandelen in de inbrengende vennootschap [verworven vennootschap] worden geacht door de aandeelhouder aan een derde te zijn vervreemd, indien de tegenprestatie uit iets anders bestaat dan uit aandelen in de ontvangende vennootschap [verwervende vennootschap].

[...]"

12 Artikel 11 van de fusionsskatteloven bepaalt:

„1. Voor de vaststelling van de algemene of bijzondere inkomsten worden de aandelen in de ontvangende vennootschap [verwervende vennootschap] die de

aandeelhouders van de inbrengende vennootschap [verworven vennootschap] ontvangen als tegenprestatie voor de ingebrachte aandelen, behandeld alsof zij op dezelfde dag en tegen dezelfde prijs als de ingebrachte aandelen zijn verkregen.

[...]"

13 Vaststaat dat het Deense recht ten tijde van de feiten van het hoofdgeding geen specifieke bepaling bevatte waardoor artikel 11 van richtlijn 90/434 werd omgezet in nationaal recht.

Hoofdgeding en prejudiciële vraag

14 Kofoed en Toft waren elk voor de helft eigenaar van het kapitaal van Cosmopolit Holding ApS (hierna: „Cosmopolit"), een besloten vennootschap naar Deens recht met een vennootschappelijk kapitaal van 240 000 DKK.

15 Op 26 oktober 1993 verwierven zij ieder één van de twee aandelen, elk met een waarde van 1 IEP, die samen het vennootschappelijk kapitaal van de besloten vennootschap naar Iers recht, Dooralong Ltd (hierna: „Dooralong") vormden.

16 Dooralong heeft vervolgens haar vennootschappelijk kapitaal verhoogd door de uitgifte van 21 000 nieuwe aandelen van 1 IEP per stuk.

17 Op 29 oktober 1993 hebben Kofoed en Toft al hun aandelen Cosmopolit geruild tegen alle nieuwe aandelen Dooralong. Na deze ruil bezaten zij dus elk 10 501 aandelen Dooralong en bezat Dooralong alle aandelen Cosmopolit.

18 Op 1 november 1993 heeft Dooralong dividend ad 2 742 616 IEP (ongeveer 26 000 000 DKK) ontvangen van haar pas verkregen dochteronderneming Cosmopolit, waarvan het eigen vermogen aldus daalde tot 1 709 806 DKK.

19 Op 3 november 1993 heeft de algemene vergadering van aandeelhouders van Dooralong besloten om een dividend ter hoogte van 2 742 116 IEP uit te keren aan haar twee aandeelhouders Kofoed en Toft.

20 Kofoed heeft in zijn aangifte inkomstenbelasting over 1993 zich op het standpunt gesteld dat de ruil van aandelen Cosmopolit tegen nieuwe aandelen Dooralong moest worden vrijgesteld van belastingheffing. De Deense belastingdienst heeft deze aangifte niet aanvaard, omdat hij van mening was dat de dividenduitkering deel uitmaakte van de aandelenruil, zodat de in richtlijn 90/434 bedoelde bijbetalingsdrempel van maximaal 10 % van de nominale waarde van de geruilde aandelen was overschreden. De aandelenruil kon derhalve niet worden vrijgesteld op grond van de richtlijn.

21 Kofoed is vervolgens bij het Landsskatteretten opgekomen tegen het besluit van de belastingdienst, dat de betrokken aandelenruil niet kon worden vrijgesteld krachtens richtlijn 90/434. Nadat dit besluit was bevestigd, heeft Kofoed hoger beroep ingesteld bij het Østre Landsret.

22 In deze omstandigheden heeft het Østre Landsret de behandeling geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Moet artikel 2, sub d, van richtlijn 90/434/EEG [...] aldus worden uitgelegd dat er geen sprake is van ‚aandelenruil' in de zin van deze richtlijn, wanneer de partijen bij een aandelenruil parallel aan de ruilovereenkomst hun voornemen hebben bekendgemaakt — zonder juridisch te worden gebonden — om op de eerste algemene vergadering van aandeelhouders van de verkrijgende vennootschap na de totstandkoming van de ruil, te stemmen vóór een dividenduitkering van meer dan 10 % van de nominale waarde van de in het kader van de ruil overgedragen aandelen, en een dergelijk dividend daadwerkelijk wordt uitgekeerd?"

Beantwoording van de prejudiciële vraag

23 De verwijzende rechter wenst met zijn vraag in wezen te vernemen of artikel 8, lid 1, van richtlijn 90/434 zich in omstandigheden als in het hoofdgeding verzet tegen belastingheffing over een aandelenruil als de onderhavige.

In deze context wenst hij in de eerste plaats te vernemen of een dergelijke aandelenruil een „aandelenruil" is in de zin van artikel 2, sub d, van de richtlijn, en meer in het bijzonder of een dividend als het uitgekeerde al dan niet moet worden begrepen in de berekening van de „bijbetaling in geld" als bedoeld in dit artikel.

In de tweede plaats wenst hij te vernemen of de belastingdienst kan reageren op een eventueel misbruik van recht, hoewel de nationale wetgever geen specifieke maatregelen heeft vastgesteld voor de omzetting in nationaal recht van artikel 11 van richtlijn 90/434.

De kwalificatie als „aandelenruil" in de zin van richtlijn 90/4343

24 Artikel 8, lid 1, van richtlijn 90/434 verbiedt dat bij de aandeelhouders van de verkregen vennootschap belasting wordt geheven over de toekenning van aandelen bij een aandelenruil.

25 Volgens de definitie van artikel 2, sub d, van deze richtlijn wordt onder „aandelenruil" verstaan de rechtshandeling waarbij een vennootschap in het maatschappelijk kapitaal van een andere vennootschap een deelneming verkrijgt waardoor zij een meerderheid van stemmen in die vennootschap krijgt, en wel door aan de deelgerechtigden van de andere vennootschap, in ruil voor hun effecten, bewijzen van deelgerechtigdheid in het maatschappelijk kapitaal van de eerste vennootschap uit te reiken, eventueel met een bijbetaling in geld die niet meer mag bedragen dan 10 % van de nominale waarde of, bij gebreke van een nominale waarde, van de fractiewaarde van de bewijzen die worden geruild.

26 In het hoofdgeding staat vast dat de betrokken aandelenruil in beginsel heeft plaatsgevonden in het kader van een verkrijging in de zin van deze laatste bepaling.

27 Partijen zijn het er echter over oneens of het dividend dat Dooralong kort na deze aandelenruil heeft uitgekeerd aan Kofoed en Toft, moet worden beschouwd als deel uitmakend van die verkrijging. Is dit laatste het geval, dan is sprake van overschrijding van de in artikel 2, sub d, van richtlijn 90/434 bepaalde drempel van 10 % voor een „bijbetaling in geld", zodat de aandelenruil moet worden belast.

28 Het begrip „bijbetaling in geld" zoals bedoeld in artikel 2, sub d, van richtlijn 90/434 heeft, zoals de advocaat-generaal heeft opgemerkt in de punten 44 tot en met 47 alsmede 52 en 53 van haar conclusie, betrekking op geldprestaties die een werkelijke

tegenprestatie zijn voor de verkrijging, te weten prestaties die bindend zijn overeengekomen in aanvulling op de toekenning van aandelen in het kapitaal van de verkrijgende vennootschap, los van de eventuele motieven die aan de transactie ten grondslag liggen.

29 Uit de opzet en systematiek van richtlijn 90/434 blijkt namelijk dat de bijbetaling in geld en de verkrijging deel uitmaken van één en dezelfde transactie. De bijbetaling is immers een integrerend deel van de tegenprestatie die de verkrijgende vennootschap aan de aandeelhouders van de verkregen vennootschap betaalt voor een meerderheidsdeelneming in deze vennootschap.

30 Het Hof heeft reeds eerder gepreciseerd dat uit artikel 2, sub d, en het algemene stelsel van richtlijn 90/434 voortvloeit dat de bij de richtlijn ingevoerde gemeenschappelijke fiscale regeling, die verschillende fiscale voordelen behelst, zonder onderscheid van toepassing is op elke fusie, splitsing, inbreng van activa en aandelenruil, ongeacht om welke redenen deze plaatsvindt en of deze van financiële, economische of zuiver fiscale aard zijn (zie arrest van 17 juli 1997, Leur-Bloem, C-28/95, Jurispr. blz. I-4161, punt 36).

31 Een geldprestatie van een verkrijgende vennootschap aan de aandeelhouders van de verkregen vennootschap kan derhalve niet reeds als „bijbetaling in geld" in de zin van artikel 2, sub d, van richtlijn 90/434 worden gekwalificeerd omdat sprake is van een zekere temporele of andere band met de verkrijging dan wel van een eventuele frauduleuze bedoeling. Het is integendeel noodzakelijk om in elk concreet geval te onderzoeken of de betrokken prestatie, alle omstandigheden in aanmerking genomen, een bindende tegenprestatie is voor de verkrijging.

32 Deze uitlegging wordt bevestigd door het doel van richtlijn 90/434 om de fiscale obstakels voor grensoverschrijdende herstructureringen van ondernemingen weg te nemen, door enerzijds te waarborgen dat eventuele waardevermeerderingen van

aandelen niet worden belast voordat zij daadwerkelijk worden gerealiseerd, en door anderzijds te voorkomen dat transacties waarbij sprake is van zeer grote, bij een aandelenruil gerealiseerde meerwaarden, alleen daarom worden belast omdat zij in het kader van een herstructurering plaatsvinden.

33 In het hoofdgeding blijkt uit niets in het dossier dat het betrokken dividend integrerend deel uitmaakte van de door Dooralong voor de verkrijging van Cosmopolit te betalen tegenprestatie, wat de noodzakelijke voorwaarde zou zijn om dit dividend te kunnen kwalificeren als „bijbetaling in geld" in de zin van artikel 2, sub d, van richtlijn 90/434. Integendeel, volgens de verwijzende rechter staat vast dat op geen enkel moment sprake is geweest van een overeenkomst tussen Kofoed en Toft enerzijds en Dooralong anderzijds op grond waarvan deze laatste verplicht was geweest tot uitkering van een dividend.

34 Het dividend dat in het hoofdgeding aan de orde is, kan in deze omstandigheden niet worden meegeteld bij de berekening van de „bijbetaling in geld" als bedoeld in artikel 2, sub d, van richtlijn 90/434.

35 De betrokken aandelenruil valt derhalve onder artikel 8, lid 1, van richtlijn 90/434, zodat belastingheffing hierover in beginsel is verboden.

36 Daar de verwijzende rechter en de Deense regering evenwel herhaaldelijk hebben benadrukt dat de aandelenruil niet om commerciële redenen heeft plaatsgevonden maar uitsluitend ter besparing van belasting, moet nog de toepassing van artikel 8, lid 1, in het geval van een eventueel rechtsmisbruik worden onderzocht.

De mogelijkheid om rekening te houden met eventueel rechtsmisbruik

37 Krachtens artikel 11, lid 1, sub a, van richtlijn 90/434 kunnen de lidstaten bij uitzondering in bijzondere gevallen weigeren de richtlijn geheel of gedeeltelijk toe te passen of het voordeel ervan teniet doen, met name indien blijkt dat de aandelenruil als hoofddoel of een der hoofddoelen belastingfraude of -ontwijking heeft. Deze bepaling preciseert bovendien dat het feit dat een rechtshandeling niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, zoals herstructurering of rationalisering van de activiteiten van de bij de transactie betrokken vennootschappen, kan doen vermoeden dat die transactie een dergelijk doel heeft (zie, in die zin, arrest Leur-Bloem, reeds aangehaald, punten 38 en 39).

38 Artikel 11, lid 1, sub a, van richtlijn 90/434 weerspiegelt aldus het algemene beginsel van gemeenschapsrecht, dat rechtsmisbruik is verboden. De justitiabelen kunnen in geval van fraude of misbruik geen beroep op het gemeenschapsrecht doen. De toepassing van de gemeenschapsregels kan niet zo ver gaan, dat misbruiken worden gedekt, dat wil zeggen transacties die niet zijn verricht in het kader van normale handelstransacties, maar uitsluitend met het doel om de door het gemeenschapsrecht toegekende voordelen op onrechtmatige wijze te verkrijgen (zie, in die zin, arresten van 9 maart 1999, Centros, C-212/97, Jurispr. blz. I-1459, punt 24; 21 februari 2006, Halifax e.a., C-255/02, Jurispr. blz. I-1609, punten 68 en 69; 6 april 2006, Agip Petroli, C-456/04, Jurispr. blz. I-3395, punten 19 en 20, en 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, Jurispr. blz. I-7995, punt 35).

39 Het is juist dat in het hoofdgeding bepaalde aanwijzingen voorhanden zijn, zoals ook de advocaat-generaal opmerkt in punt 59 van haar conclusie, die eventueel de toepassing van artikel 11, lid 1, sub a, van richtlijn 90/434 zouden kunnen rechtvaardigen.

40 Eerst dient echter de vraag te worden beantwoord of artikel 11, lid 1, sub a, van richtlijn 90/434 wel kan worden toegepast indien een specifieke bepaling ter omzetting ervan in Deens recht ontbreekt.

41 Krachtens de artikelen 10 EG en 249 EG is elke lidstaat waarvoor een richtlijn bestemd is, verplicht om in zijn nationale rechtsorde alle maatregelen te treffen die nodig zijn om de volle werking van die richtlijn overeenkomstig het ermee beoogde doel te verzekeren (zie onder meer arresten van 10 maart 2005, Commissie/Duitsland, C-531/03, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 16, en 16 juni 2005, Commissie/Italië, C-456/03, Jurispr. blz. I-5335, punt 50).

42 Bovendien verzet het rechtszekerheidsbeginsel zich ertegen dat richtlijnen uit zichzelf verplichtingen aan particulieren kunnen opleggen. Richtlijnen kunnen dus als zodanig door de lidstaat niet worden ingeroepen tegen particulieren (zie, onder meer, arresten van 11 juni 1987, Pretore di Salò/X, 14/86, Jurispr. blz. 2545, punten 19 en 20; 8 oktober 1987, Kolpinghuis Nijmegen, 80/86, Jurispr. blz. 3969, punten 9 en 13; 26 september 1996, Arcaro, C-168/95, Jurispr. blz. I-4705, punten 36 en 37, en 3 mei 2005, Berlusconi e.a., C-387/02, C-391/02 en C-403/02, Jurispr. blz. I-3565, punten 73 en 74).

43 Hierbij moet echter in de eerste plaats worden aangetekend dat de lidstaten volgens artikel 249, derde alinea, EG bevoegd zijn om voor de uitvoering van de richtlijnen de vorm en de middelen te kiezen waarmee het door de richtlijnen nagestreefde resultaat het best kan worden bereikt (zie, in die zin, arrest van 16 juni 2006, Commissie/Italië, C-456/03, reeds aangehaald, punt 51).

44 Voor zover de rechtssituatie die uit de nationale omzettingsmaatregel voortvloeit, voldoende bepaald en duidelijk is om de betrokken particulieren in staat te stellen

kennis te krijgen van de omvang van hun rechten en plichten, vereist de omzetting van een richtlijn in nationaal recht dus niet noodzakelijkerwijze in elke lidstaat een optreden van de wetgever. Voor die omzetting kan, zoals de advocaat-generaal heeft opgemerkt in punt 62 van haar conclusie, afhankelijk van de inhoud van de richtlijn in bepaalde gevallen worden volstaan met een algemeen rechtskader, zodat de richtlijnbepalingen niet formeel en uitdrukkelijk hoeven te worden overgenomen in specifieke nationale bepalingen (zie arresten van 16 juni 2005, Commissie/Italië, reeds aangehaald, punt 51, en 6 april 2006, Commissie/Oostenrijk, C-428/04, Jurispr. blz. I-3325, punt 99).

45 In de tweede plaats moeten alle met overheidsgezag beklede instanties van een lidstaat bij de toepassing van het nationale recht dit zoveel mogelijk uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de communautaire richtlijnen, teneinde het ermee beoogde resultaat te bereiken. Ofschoon dit vereiste van richtlijnconforme uitlegging niet zover kan gaan dat een richtlijn uit zichzelf en onafhankelijk van een nationale omzettingswet verplichtingen voor particulieren schept of de strafrechtelijke aansprakelijkheid van degenen die in strijd met haar bepalingen handelen, bepaalt of verzwaart, kan de lidstaat in beginsel particulieren wel een richtlijnconforme uitlegging van het nationale recht tegenwerpen (zie, in deze zin, reeds aangehaalde arresten Kolpinghuis Nijmegen, punten 12 tot en met 14, en Arcaro, punten 41 en 42).

46 In het hoofdgeding dient de verwijzende rechter derhalve te onderzoeken, zoals de advocaat-generaal in punt 63 van haar conclusie heeft opgemerkt, of het Deense recht een bepaling of algemeen beginsel kent op grond waarvan rechtsmisbruik is verboden, dan wel andere bepalingen inzake belastingfraude of -ontwijking die zouden kunnen worden uitgelegd in overeenstemming met artikel 11, lid 1, sub a, van richtlijn 90/434 en derhalve de heffing van belasting over de betrokken aandelenruil zouden kunnen rechtvaardigen (zie tevens arrest van 19 januari 1982, Becker, 8/81, Jurispr. blz. 53, punt 34).

47 Is dit het geval, dan staat het aan de verwijzende rechter om na te gaan of in het hoofdgeding is voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van deze bepalingen.

48 Gelet op een en ander moet derhalve op de gestelde vraag worden geantwoord dat in omstandigheden als die van het hoofdgeding een dividend zoals het uitgekeerde, niet moet worden begrepen in de berekening van de „bijbetaling in geld" als bedoeld in artikel 2, sub d, van richtlijn 90/434 en dat een aandelenruil als de onderhavige derhalve een „aandelenruil" is in de zin van artikel 2, sub d, van deze richtlijn.

Artikel 8, lid 1, van richtlijn 90/434 verzet zich derhalve in beginsel tegen belastingheffing over een dergelijke aandelenruil, tenzij regels van nationaal recht inzake rechtsmisbruik, belastingfraude of -ontwijking kunnen worden uitgelegd in overeenstemming met artikel 11, lid 1, sub a, van richtlijn 90/434 en derhalve de heffing van belasting daarover kunnen rechtvaardigen.

Kosten

49 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof van Justitie (Eerste kamer) verklaart voor recht:

In omstandigheden als die van het hoofdgeding moet een dividend zoals het uitgekeerde, niet worden begrepen in de berekening van de „bijbetaling in

geld" als bedoeld in artikel 2, sub d, van richtlijn 90/434/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten, en is een aandelenruil als de onderhavige derhalve een „aandelenruil" in de zin van artikel 2, sub d, van de richtlijn.

Artikel 8, lid 1, van richtlijn 90/434 verzet zich derhalve in beginsel tegen belastingheffing over een dergelijke aandelenruil, tenzij regels van nationaal recht inzake rechtsmisbruik, belastingfraude of -ontwijking kunnen worden uitgelegd in overeenstemming met artikel 11, lid 1, sub a, van richtlijn 90/434 en derhalve de heffing van belasting daarover kunnen rechtvaardigen.

ondertekeningen