

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

JULIANE KOKOTT

fremsat den 8. februar 2007¹

I — Indledning

agtige skattemæssige konsekvenser for de berørte skattepligtige?

1. Den foreliggende sag rejser et interessant skatteretligt problem i forbindelse med omstrukturering af selskaber².

2. Domstolen er blevet forelagt et spørgsmål vedrørende de fællesskabsretlige bestemmelser om den skattemæssige behandling af en *udbytteudlodning*, som står i nær sammenhæng med en kort forinden gennemført grænseoverskridende *ombytning af selskabsandele*. Kan den kompetente skatteforvaltning betragte en sådan udbytteudlodning som en del af vederlaget og dermed en *kontant udligningssum* fra det erhvervende selskab til gengæld for de selskabsandele, som det tilføres, hvilket indebærer ufordel-

3. Baggrunden for sagen er en transaktion, hvorved to danske skattepligtige personer indskød deres selskabsandele i et dansk kapitalselskab i et irsk kapitalselskab og til gengæld erhvervede selskabsandele i dette irske selskab. Det irske selskab foretog få dage senere, som på forhånd planlagt, en udbytteudlodning til fordel for de to danske skattepligtige personer.

4. Ombytningen af selskabsandele fandt sted, og beslutningen om udbytteudlodningen blev truffet, kort før ikrafttrædelsen af en ny dansk-irsk dobbeltbeskatningsoverenskomst, hvorved der ville blive indført regler om udbyttebeskatning, som var mindre fordelagtige end dem, der i henhold til den dagældende overenskomst fandt anvendelse for danske skattepligtiges vedkommende.

¹ — Originalsprog: tysk.

² — Begrebet omstrukturering anvendes i det følgende af forenklingssyn som overbegreb for fusion og spaltning af kapitalselskaber, tilførsel af aktiver til og ombytning af aktier i sådanne.

II — Retsforskrifter

eksisterer en pålydende værdi, af den bogførte værdi af de værdipapirer, som udleveres til gengæld herfor

A — Fællesskabsbestemmelser

5. De fællesskabsretlige rammer for denne sag er fastlagt ved 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 medlemsstater³.

[...]

6. Blandt de almindelige bestemmelser i afsnit I i direktiv 90/434 findes i artikel 2 en række definitioner. Heraf fremgår bl.a.:

g) et erhvervet selskab, det selskab, i hvilket et andet selskab erhverver en andel ved ombytning af aktier eller anparter

»I dette direktiv forstås ved:

h) et erhvervende selskab, det selskab, som erhverver en andel ved ombytning af aktier eller anparter

[...]

[...]«

d) ombytning af aktier, den transaktion, hvorved et selskab erhverver en andel i et andet selskabs aktiekapital med den virkning, at det opnår flertallet af stemmerne i dette selskab, ved til gengæld for værdipapirer tilhørende selskabsdeltagerne i det andet selskab at tildele dem aktier eller anparter i det første selskab og eventuelt en kontant udligningssum på højst 10% af den pålydende værdi, eller, når der ikke

7. I afsnit II i direktiv 90/434 er det i artikel 8 bl.a. fastsat:

»1. Ved fusion, spaltning eller ombytning af aktier må selve tildelingen af aktier eller anparter i det modtagende eller erhvervende selskab til en selskabsdeltager i det indskydende eller erhvervede selskab til gengæld for aktier eller anparter i sidstnævnte ikke

3 — EFT L 225, s. 1.

medføre nogen beskatning af denne selskabsdeltagers indtægt, fortjeneste eller kapitalvinding.

betragtninger, såsom omstrukturering eller rationalisering af aktiviteterne i de selskaber, der deltager i transaktionen, kan dette skabe formodning om, at hovedformålet eller et af hovedformålene med transaktionen er skattesvig eller skatteunddragelse

[...]

[...]«

4. Stk. 1-3 hindrer ikke en medlemsstat i ved beskatningen af selskabsdeltageren at tage hensyn til den kontante udligningssum, som eventuelt vil blive tildelt ham ved fusionen, spaltningen eller ombytningen af aktier.«

9. Med direktiv 2005/19⁴ blev en række bestemmelser i direktiv 90/434 samt dets titel ændret. Disse ændringer trådte imidlertid først i kraft den 24. marts 2005⁵ og skulle gennemføres af medlemsstaterne den 1. januar 2006, henholdsvis den 1. januar 2007⁶, hvorfor de ikke er relevante for den foreliggende sag.

8. De afsluttende bestemmelser i afsnit V i direktiv 90/434 omfatter bl.a. følgende bestemmelse i artikel 11:

B — *De nationale bestemmelser*

»1. En medlemsstat kan afslå helt eller delvis at anvende bestemmelserne i afsnit II, III og IV eller inddrage adgangen til at anvende dem, såfremt en fusion, en spaltning, en tilførsel af aktiver eller en ombytning af aktier:

1. Den skattemæssige behandling af ombytning af aktier

10. På det tidspunkt, der her er relevant, var den skattemæssige behandling af ombytning

- a) som hovedformål eller som et af hovedformålene har skattesvig eller skatteunddragelse; såfremt en af de i artikel 1 omhandlede transaktioner ikke foretages ud fra forsvarlige økonomiske

4 — Rådets direktiv 2005/19/EF af 17.2.2005 om ændring af direktiv 90/434/EØF om en fælles beskatningsordning ved fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier vedrørende selskaber i forskellige medlemsstater (EUT L 58, s. 19).

5 — 24.3.2005 er den tyvende dag efter offentliggørelsen af direktiv 2005/19 i *Den Europæiske Unions Tidende*, jf. artikel 254, stk. 1, EF.

6 — Artikel 2 i direktiv 2005/19.

af aktier i dansk ret reguleret af bestemmelserne i aktieavancebeskatningsloven og fusionsskatteoven⁷.

11. Aktieavancebeskatningslovens § 13⁸, stk. 1 og 2⁹, blev i forbindelse med gennemførelsen i dansk ret af direktiv 90/434 affattet således:

»Ved ombytning af aktier har aktionærene i det erhvervede selskab adgang til beskatning efter reglerne i §§ 9 og 11 i fusionsskatteoven, når såvel det erhvervende som det erhvervede selskab er omfattet af begrebet selskab i en medlemsstat i artikel 3 i direktiv 90/434/EØF. Som fusionsdato anses i denne sammenhæng datoen for aktieombytningen. Det er en betingelse, at aktieombytningen gennemføres inden for en periode på højst seks måneder regnet fra den første ombytningsdag.

7 — Den følgende gengivelse af retsforskrifter beror på den forelæggende rets oplysninger i forelæggelsesafgørelsen samt de supplerende oplysninger, som den danske regering har fremlagt efter anmodning fra Domstolen.

8 — *Lovtidende* 1993, s. 4171.

9 — Aktieavancebeskatningslovens § 13, stk. 3, sammenholdt med § 4, indeholder særregler for ombytning af aktier i børsnoterede selskaber, som ikke er relevante i den foreliggende sag.

Stk. 2. Ved ombytning af aktier, jf. stk. 1, forstås den transaktion, hvorved et selskab erhverver en andel i et andet selskabs aktiekapital med den virkning, at det opnår flertallet af stemmerne i dette selskab, ved til gengæld for værdipapirer tilhørende aktionærene i det andet selskab at tildele dem aktier eller anparter i det første selskab og eventuelt en kontant udligningssum på højst 10 pct. af den pålydende værdi eller, når der ikke eksisterer en pålydende værdi, af den bogførte værdi af de værdipapirer, som udleveres til gengæld herfor.«

12. Det fremgår af lovens forarbejder, at det er tilsigtet, at begrebet ombytning af aktier i aktieavancebeskatningslovens § 13 stemmer overens med definitionen i artikel 2, litra d), i direktiv 90/434¹⁰.

13. I §§ 9 og 11 i den danske fusionsskatte-
lov¹¹, hvortil der henvises i aktieavancebe-

10 — Jf. Østre Landsrets oplysninger med henvisning til bemærkningerne til lovforslaget (*Folketingstidende* 1991/92, tillæg A, sp. 517).

11 — *Lovtidende* 1992, s. 3374.

skatningslovens § 13, stk. 1, er bl.a. fastsat følgende:

»§ 9. Aktier i det indskydende selskab anses for afhændet af selskabsdeltageren til tredje-mand i det omfang, de vederlægges med andet end aktier i det modtagende selskab. Afhændelsen anses for sket til kursen på den i § 5 nævnte fusionsdato.

14. Der blev ifølge samstemmende oplysninger fra samtlige procesdeltagere i sagen for Domstolen ikke umiddelbart indført nogen specifik bestemmelse i dansk ret til gennemførelse af artikel 11 i direktiv 90/434 i relation til ombytning af aktier. Der blev derimod først i slutningen af 1994 taget initiativ til og i 1995 vedtaget en lov med dette formål, hvorved der indførtes et krav om tilladelse fra Ligningsrådet¹².

2. Udbyttebeskatning

a) Danske nationale regler

[...]

§ 11. Aktier i det modtagende selskab, som selskabsdeltagerne modtager som vederlag for aktier i det indskydende selskab, behandles ved opgørelsen af den skattepligtige almindelige eller særlige indkomst, som om de var erhvervet på samme tidspunkt og for samme anskaffelsessum som de ombyttede aktier. [...]«

15. Udbytte, der udloddes til fysiske personer, som er hjemmehørende i Danmark, beskattes i henhold til ligningslovens § 16 A, stk. 1¹³, og personskattelovens § 4a¹⁴. Disse regler finder også anvendelse på en eventuel kontant udligningssum, der ydes i forbindelse med en ombytning af aktier¹⁵.

12 — Ifølge oplysningerne i forelæggelsesafgørelsen, suppleret af oplysninger fra Hans Markus Kofoed, var der tale om et lovforslag af 2.11.1994, som blev vedtaget den 25.4.1995.

13 — *Lovtidende* 1992, s. 5478.

14 — *Lovtidende* 1992, s. 3914.

15 — Ifølge oplysninger fra Hans Markus Kofoed, som ikke er blevet bestridt.

16. Ligningslovens § 16 A, stk. 1, bestemmer følgende:

Stk. 2. Udbytteindkomst indgår ikke i den skattepligtige indkomst.«

»Ved opgørelsen af den skattepligtige almindelige indkomst medregnes udbytte af aktier, andelsbeviser og lignende værdipapirer. Til udbytte henregnes alt, hvad der af selskabet udloddes til aktionærer eller andelshavere, med undtagelse af friaktier og friandele samt udlodning af likvidationsprovenu foretaget i det kalenderår, hvori selskabet endeligt opløses.«

18. Der skal desuden henvises til personskattelovens § 8a, hvoraf bl.a. fremgår følgende:

17. Personskattelovens § 4a bestemmer bl.a. følgende:

»Skat af udbytteindkomst, der ikke overstiger et grundbeløb på 26 400 kr., beregnes som en endelig skat på 30 pct. Indeholdt udbytteskat efter kildeskattelovens § 65 af udbytteindkomst, der ikke overstiger grundbeløbet, er endelig betaling af skatten, og udbytteskatten modregnes ikke i slutskatten efter kildeskattelovens § 67.

»Udbytteindkomst omfatter det samlede beløb af:

- 1) aktieudbytte efter ligningslovens § 16 A fra selskaber, der er skattepligtige efter [...]

Stk. 2. Skat af udbytteindkomst, der overstiger et grundbeløb på 26 400 kr., beregnes med 45 pct. Skat af udbytteindkomst, der overstiger grundbeløbet, indgår i slutskatten, og den udbytteskat, der er indeholdt i denne del af udbyttet efter kildeskattelovens § 65, modregnes i slutskatten efter kildeskattelovens § 67.

[...]

[...]«

b) Den dansk-irske dobbeltbeskatningsoverenskomst

oppebærer indtægter fra eller ejer formue i Irland, og sådan indkomst og formue i overensstemmelse med bestemmelserne i denne overenskomst kan beskattes i Irland, skal Danmark i den pågældende danske indkomst- eller formueskat tillade fradraget et beløb svarende til den del af henholdsvis indkomst- eller formueskatten, der forholds-mæssigt falder på den indkomst, der hidrører fra, eller den formue, der ejes i Irland.«

19. Den dobbeltbeskatningsoverenskomst mellem Kongeriget Danmark og Irland¹⁶, der finder anvendelse på de faktiske omstændigheder i hovedsagen, blev ratificeret i Danmark den 15. april 1964.

20. Det følger af dobbeltbeskatningsoverenskomstens artikel 6, stk. 1, litra a), at Irland har beskatningsretten til udbytter udbetalt fra et irsk selskab til en dansk bosiddende person, idet tillægsskat dog er undtaget fra denne beskatningsret.

21. Dobbeltbeskatningsoverenskomstens artikel 23, stk. 2, bestemte følgende:

»I tilfælde, hvor en person, der i henseende til beskatningen i Danmark betragtes som bosiddende eller hjemmehørende i Danmark (uanset om den pågældende i henseende til beskatningen i Irland også betragtes som bosiddende eller hjemmehørende i Irland),

22. De nævnte bestemmelser har ifølge Østre Landsret (herefter også »den forelæggende ret«) i overensstemmelse med fast dansk praksis været fortolket således, at udbytter udbetalt fra et irsk selskab til en dansk bosiddende person skulle lempes ved hjælp af exemption-princippet (ny metode).

23. Den dansk-irske dobbeltbeskatningsoverenskomst blev i 1992-1993 genforhandlet med det resultat, at udbytter udbetalt fra et irsk selskab til en dansk bosiddende person fremover kunne beskattes såvel i Irland som i Danmark, og at Danmark herefter meddelte credit for den i Irland erlagte skat. Ifølge den forelæggende ret trådte denne nye dobbeltbeskatningsoverenskomst for Danmarks vedkommende i kraft i relation til udbytter med virkning fra den 7. november 1993.

16 — Undertegnet i København den 4.2.1964.

III — De faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne i hovedsagen

24. Hans Markus Kofoed ejede oprindeligt 50% af selskabskapitalen i Cosmopolit Holding ApS, et dansk anpartsselskab. De resterende 50% af kapitalen i dette selskab ejedes af Niels Toft.

25. Hans Markus Kofoed og Niels Toft erhvervede den 26. oktober 1993 hver en aktie a 1 IEP i Dooralong Ltd, et irsk »skuffeselskab« (»shell company«) med en indbetalt kapital på i alt 2 IEP.

26. Den 29. oktober 1993 blev der foretaget en aktieombytning, hvorved Hans Markus Kofoed og Niels Toft ombyttede deres respektive anparter på nominelt 120 000 DKK i Cosmopolit Holding ApS med nyudstedte aktier på nominelt 10 500 IEP i Dooralong Ltd. Efter denne ombytning ejede Hans Markus Kofoed og Niels Toft hver en andel af selskabskapitalen på nominelt 10 501 IEP eller 50% i Dooralong Ltd, som ejede den samlede selskabskapital i Cosmopolit Holding ApS. Herefter kontrollerede Hans Markus Kofoed og Niels Toft ikke længere Cosmopolit Holding ApS direkte, men gennem selskabet Dooralong Ltd som mellemlid.

27. På den årlige generalforsamling i Dooralong Ltd, som fandt sted den 3. november 1993, blev selskabets årsregnskab med status den 2. november 1993 fremlagt og godkendt. Af dette regnskab fremgik, at der var modtaget et udbytte på i alt 2 742 616 IEP (ca. 26 mio. DKK) fra det nyerhvervede datterselskab Cosmopolit Holding ApS, som havde aflagt årsregnskab den 31. oktober 1993. Dooralong Ltd's aktiver bestod af hele selskabskapitalen i Cosmopolit Holding ApS, der — i henhold til dets årsregnskab pr. 31. oktober 1993 — efter udlodningen af udbyttet til Dooralong Ltd havde en egenkapital på 1 709 806 DKK; denne havde tidligere været på ca. 28 mio. DKK.

28. Ligeledes på den årlige generalforsamling i Dooralong Ltd den 3. november 1993 besluttedes det at udlodde et udbytte på 2 742 116 IEP¹⁷. Af denne udlodning tilfaldt 50%, dvs. 1 371 058 IEP, Hans Markus Kofoed.

29. Ifølge Landsskatteretten, som den forelæggende ret refererer til, var der ikke nogen forretningsmæssig anledning til disse transaktioner; formålet var snarere at opnå en skattebesparelse. Således havde Hans Markus Kofoed og Niels Toft på tidspunktet

17 — Ifølge oplysningerne i forelæggelsesafgørelsen er der enighed mellem parterne i hovedsagen om, at denne udbytteudlodning fandt sted i overensstemmelse med gældende irske retsforskrifter.

for aktieombytningen alene løse planer om at drive erhvervsvirksomhed gennem Dooralong Ltd.

30. Selv om der ikke i forvejen var truffet nogen bindende aftale om udlodningen af udbytte fra Dooralong Ltd, stemte den dog overens med Hans Markus Kofoeds og Niels Tofts fælles hensigt om på den førstkomende generalforsamling efter aktieombytningen at udlodde et betydeligt udbytte fra Dooralong Ltd. Hans Markus Kofoed og Niels Toft var bekendt med den dagældende dobbeltbeskatningsoverenskomst og var også klar over, at denne ville blive ændret.

31. I sin danske selvangivelse for 1993 henviste Hans Markus Kofoed til den tidligere gældende dobbeltbeskatningsoverenskomst, hvorefter det udbytte, som han havde modtaget fra Dooralong Ltd, var skattefrit i Danmark. I henhold til den dagældende danske lovgivning var også ombytningen af hans anparter i Cosmopolit Holding ApS med aktier i Dooralong Ltd skattefri.

32. I modsætning hertil behandlede de danske skattemyndigheder ombytningen af Hans Kofoeds anparter i Cosmopolit Holding ApS med aktier i Dooralong Ltd og den efterfølgende udlodning af udbytte fra Dooralong Ltd som led i en samlet transaktion, således at udbytteudlodningen betragtedes som reelt værende en del af afståelsesvederlaget og dermed en kontant udligningssum i forbindelse med aktieombytningen. Da denne kontante udligningssum beløb sig til mere end 10% af de udleverede aktiers pålydende værdi, var den ikke omfattet af bestemmelserne om skattefri aktieombytning.

33. Disse forskellige opfattelser med hensyn til den skattemæssige bedømmelse af udbytteudlodningen og aktieombytningen gav anledning til tvisten i hovedsagen, der verserer for Østre Landsret.

IV — Den præjudicielle forelæggelse og retsforhandlingerne for Domstolen

34. Ved afgørelse af 3. august 2004, indgået til Domstolens Justitskontor den 23. august 2005, har Østre Landsret besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Skal artikel 2, litra d), i [...] direktiv 90/434 [...] fortolkes således, at der ikke foreligger en ombytning af aktier i fusionsbeskatnings-

direktivets forstand, hvis deltagerne i aktieombytningen samtidig med aftalen om ombytning af aktierne på retlig uforpligtende vis tilkendegiver som deres fælles hensigt, at de på den førstkomende generalforsamling efter ombytningen i det erhvervende selskab agter at stemme for at udlodde et udbytte, der er større end 10% af den pålydende værdi af de værdipapirer, som blev udleveret i forbindelse med aktieombytningen, og et sådant udbytte faktisk udloddes?»

fusioner eller ombytning af aktier¹⁸. Denne ordning medfører skattemæssige begunstigelser. Bl.a. er det i artikel 8, stk. 1, i direktiv 90/434 fastsat, at selve tildelingen af aktier eller anparter i det erhvervende selskab i forbindelse med ombytning af aktier ikke må medføre nogen beskatning af vedkommende selskabsdeltagers indtægt, fortjeneste eller kapitalvinding. Herved skal det sikres, at en sådan omstrukturering er neutral, og forhindres, at skjulte reserver eller andre stigninger i værdien af selskabsandele beskattes, før de faktisk realiseres.

35. Under retsforhandlingerne for Domstolen har Hans Markus Kofoed samt den danske regering, Det Forenede Kongeriges regering og Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber afgivet skriftlige og mundtlige indlæg.

V — Bedømmelse

A — Indledende bemærkninger

36. Direktiv 90/434 har til formål at bringe eventuel skattemæssig forskelsbehandling af grænseoverskridende omstruktureringer af selskaber til ophør gennem indførelsen af en fælles beskatningsordning inden for Fællesskabet for visse transaktioner som

37. Det følger imidlertid af artikel 2, litra d), i direktiv 90/434, at en transaktion kun kan anses for en ombytning af aktier i dette direktivs forstand, hvis en eventuel kontant udligningssum, som ydes af det erhvervende selskab, højst udgør 10% af den pålydende værdi, eller, når der ikke eksisterer en pålydende værdi, af den bogførte værdi af de værdipapirer, som udleveres til gengæld herfor. Dermed skal det forhindres, at der i forbindelse med en omstrukturering under påberåbelse af de herfor gældende skattemæssige begunstigelser realiseres værdistigninger i et større omfang, svarende til at selskabsandelene i det erhvervede selskab var blevet afsat på markedet. Fortjeneste, der ved afhændelse af selskabsandelene på markedet i sig selv ville være skattepligtig, skal ikke

¹⁸ — Første, anden og tredje betragtning til direktiv 90/434.

vilkårligt kunne unddrages beskatning, blot fordi den opnås i forbindelse med en omstrukturering. Denne grænse på 10% sikrer de implicerede i omstruktureringen et vist spillerum for kontante udligningssummer, der kan være nødvendige med henblik på værdiudligning i forbindelse med en aktieombytning.

omhandlet i direktiv 90/434, således at de implicerede er berettigede til skattefritagelse i henhold hertil.

38. Med det præjudicielle spørgsmål sigter den forelæggende ret også til begrebet kontant udligningssum i artikel 2, litra d), i direktiv 90/434. Den ønsker i det væsentlige oplyst, om en udlodning af udbytte fra det erhvervende selskab, der står i nær tidsmæssig sammenhæng med dets erhvervelse af selskabsandele i det erhvervede selskab, og som, selv om der ikke er indgået en bindende aftale herom, dog var tilsigtet på forhånd, kan anses for en kontant udligningssum i denne bestemmelses forstand.

40. Hvis udlodningen af udbytte fra Dooralong Ltd — ud fra en samlet betragtning af transaktionerne mellem den 29. oktober 1993 og den 3. november 1993 — betragtes som en kontant udligningssum som omhandlet i artikel 2, litra d), i direktiv 90/434, vil dette som følge af, at den dér fastsatte 10%-grænse overskrides, nemlig indebære, at der *ikke* længere forelå en ombytning af aktier som omhandlet i denne bestemmelse, og dermed tillige, at forbuddet i artikel 8, stk. 1, i direktiv 90/434 mod beskatning af indtægt, fortjeneste eller kapitalvinding på forhånd ikke kan finde anvendelse. Udbytteudlodningen den 3. november 1993 svarede nemlig til mere end 10% af den pålydende værdi af de aktier i Dooralong Ltd, som Hans Markus Kofoed og Niels Toft havde modtaget den 29. oktober 1993.

39. Dette spørgsmål er afgørende for, om den transaktion, der blev gennemført den 29. oktober 1993, hvorved Hans Markus Kofoed og Niels Toft overdrog deres anparter i Cosmopolit Holding ApS (det erhvervede selskab) til Dooralong Ltd som erhvervende selskab og som modydelse herfor selv erhvervede aktier i Dooralong Ltd, kan anses for at være en ombytning af aktier som

41. I praksis indebærer den foreliggende sag mere end blot en afklaring af begrebet kontant udligningssum. Bag dette fortolkningsproblem ligger nemlig spørgsmålet om, hvorledes nationale myndigheder i henhold til gældende fællesskabsret kan tage en eventuel skatteunddragelse i forbindelse

med omstrukturering af kapitalselskaber i betragtning.

42. Med henblik på at reagere adækvat på en eventuel skatteunddragelse i et tilfælde som det foreliggende er der inden for rammerne af direktiv 90/434 i det væsentlige to tænkelige fremgangsmåder, som vil blive gennemgået i det følgende. For det første kommer en forholdsvis vid fortolkning af begrebet kontant udligningssum i artikel 2, litra d), i direktiv 90/434 i betragtning¹⁹, og for det andet en anvendelse af muligheden i henhold til direktivets artikel 11, stk. 1, litra a), for i konkrete tilfælde helt eller delvis at afslå at anvende de gældende skattebegunstigelser eller inddrage adgangen til at anvende dem²⁰. At de danske myndigheder har foretrukket den førstnævnte fremgangsmåde hænger tilsyneladende ikke mindst sammen med, at dansk ret på det her relevante tidspunkt ikke indeholdt nogen specifik bestemmelse til gennemførelse af artikel 11 i direktiv 90/434.

B — Begrebet kontant udligningssum

43. Det er omtvistet mellem parterne og de øvrige procesdeltagere i sagen for Domsto-

len, om en udlodning af udbytte fra det erhvervende selskab som den, der blev foretaget i det foreliggende tilfælde, kan være omfattet af begrebet kontant udligningssum i artikel 2, litra d), i direktiv 90/434. Den danske regering og Det Forenede Kongeriges regering mener, at dette er tilfældet, mens Hans Markus Kofoed og Kommissionen indtager det modsatte standpunkt.

44. Begrebet kontant udligningssum er ikke nærmere defineret af fællesskabslovgiver. Dets betydning og rækkevidde skal derfor fastlægges under hensyn til den kontekst, bestemmelsen indgår i, og de formål, der forfølges med direktiv 90/434²¹.

45. Hvad for det første angår konteksten skal det tages i betragtning, at en kontant udligningssum og erhvervelsen af en andel af det erhvervede selskabs aktiekapital, hvorved der opnås et flertal af stemmerne i selskabet²², i henhold til artikel 2, litra d), i direktiv 90/434 er led i den samme *transaktion*. Selv om en kontant udligningssum og majoritetserhvervelsen ikke dermed nødvendigvis skal være

19 — Jf. herom dette forslags punkt 43-54.

20 — Jf. herom dette forslags punkt 55-68.

21 — Jf. i denne retning dom af 7.6.2005, sag C-17/03, VEMW m.fl., Sml. I, s. 4983, præmis 41, af 4.7.2006, sag C-212/04, Adeneler, Sml. I, s. 6057, præmis 60, og af 26.10.2006, sag C-36/05, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 10313, præmis 25.

22 — Af forenklingshensyn tales der i det følgende blot om *majoritetserhvervelse*.

genstand for den samme *retshandel*²³, er der dog en nær forbindelse mellem dem: En kontant udligningssum er en integrerende del af den modydelse, som det erhvervende selskab erlægger til gengæld for, at det erhverver majoriteten i det erhvervede selskab²⁴.

46. Følgelig er det ikke enhver pengeydelse fra det erhvervende selskab til selskabsdelta-gerne i det erhvervede selskab, der kan betragtes som en kontant udligningssum, uanset om den har været planlagt i forvejen af de implicerede og står i nær tidsmæssig sammenhæng med majoritetserhvervelsen. Det er derimod afgørende, om en sådan pengeydelse også har karakter af en *modydelse* til gengæld for majoritetserhvervelsen og dermed ydermere *var bindende aftalt* som et tillæg til den egentlige modydelse, bestående i selskabsandele i det erhvervende selskab. Dette forudsætter en samlet objektiv

bedømmelse af samtlige omstændigheder i det konkrete tilfælde²⁵.

47. Også i tilfælde af en senere udlodning af udbytte som den her omhandlede skal det derfor undersøges, om der er konkrete holdepunkter for, at en sådan betaling fremstår som en del af den bindende aftalte modydelse for majoritetserhvervelsen. Sådanne holdepunkter kan navnlig fremgå af skriftlige overenskomster mellem de implicerede, men også af samtlige øvrige omstændigheder i det konkrete tilfælde. Lader det sig derimod — som den forelæggende ret synes at antage i den foreliggende sag — ikke fastslå med tilstrækkelig sikkerhed, at den efterfølgende pengeydelse skulle være en del af den bindende aftalte modydelse, skal det lægges til grund, at den kvalificering, som de implicerede har foretaget, er korrekt; en pengeydelse som den her omtvistede skal i så fald behandles som udbytteudlodning og ikke omkvalificeres til en kontant udligningssum.

23 — Blandt de forskellige sproglige udgaver af artikel 2, litra d), i direktiv 90/434 er det tilsyneladende kun den nederlandske, der anvender det relativt snævre begreb »rechtshandeling«, hvorimod der i den tjekkiske (»operace«), danske (»transaktion«), græske (»πράξη«), engelske (»operation«), spanske (»operación«), estiske (»tehing«), finske (»liiketoimi«), franske (»opération«), ungarske (»művelet«), italienske (»operazione«), litauiske (»operacija«), lettiske (»operācija«), maltesiske (»ħidma«), polske (»operacja«), portugisiske (»operação«), slovakiske (»operácia«), slovenske (»operacija«) og svenske udgave (»förfarande«) overalt anvendes åbne formuleringer, der er sammenlignelige med det tyske begreb »Vorgang«.

24 — Siden ikrafttrædelsen af direktiv 2005/19 kan der også ydes en kontant udligningssum som omhandlet i artikel 2, litra d), i direktiv 90/434 for yderligere erhvervelse af aktier, hvorved en allerede bestående kontrol over det erhvervede selskab udvides. Bemærkningerne i det følgende kan også overføres på et sådant tilfælde.

48. Også direktiv 90/434's målsætning taler for at begrænse begrebet kontant udligningssum til egentlige modbytter for en majoritetserhvervelse. Med dette direktiv skal

25 — Kravet om en samlet bedømmelse af samtlige omstændigheder i det konkrete tilfælde bliver også fremhævet i dom af 15.1.2002, sag C-43/00, Andersen og Jensen, Sml. I, s. 379, præmis 25, 26 og 37, som ligeledes omhandler fortolkningen af direktiv 90/434, om end med hensyn til dets artikel 2, litra c) og i).

skattemæssig forskelsbehandling af grænseoverskridende omstruktureringer — bl.a. ved fusion eller ombytning af aktier — nemlig bringes til ophør, således at virksomhederne kan tilpasse sig vilkårene i det fælles marked, øge deres produktivitet og styrke deres konkurrencemæssige stilling²⁶. Med henblik på en effektiv gennemførelse af dette formål med direktivet er det af afgørende betydning, at grænseoverskridende omstruktureringer ikke blot undergives en fælles beskatningsordning²⁷, men også, at ordningen er forudseelig for de berørte erhvervsdrivende.

49. At den gældende beskatningsordning skal være forudseelig følger i øvrigt også af retssikkerhedsprincippet²⁸, som er et grundlæggende fællesskabsretligt princip og som sådant skal overholdes af fællesskabsorganerne og medlemsstaterne ved udøvelsen af deres respektive beføjelser inden for fællesskabsrettens anvendelsesområde²⁹. Ifølge fast retspraksis gælder retssikkerhedsprincippet med særlig styrke, når der er tale om

bestemmelser med retsvirkninger af økonomisk art³⁰; dette gælder i særlig grad direktiv 90/434, idet dets bestemmelser er afgørende for den skattemæssige behandling af grænseoverskridende omstruktureringer af selskaber.

50. Hvis der således påtænkes en ombytning af aktier, må de implicerede med tilstrækkelig sikkerhed kunne forudse de skattemæssige konsekvenser af transaktionen. Kun i så fald kan de overhovedet foretage en relevant bedømmelse af, om en sådan foranstaltning er økonomisk hensigtsmæssig for dem. De skattemæssige konsekvenser ville derimod ikke kunne beregnes, hvis der var risiko for, at også pengeydelse, som blot blev erlagt i nær tidsmæssig sammenhæng med en ombytning af aktier, men ikke var bindende aftalt mellem de implicerede som modydelse for de modtagne selskabsandele, efterfølgende ville blive inddraget i den skattemæssige bedømmelse af aktieombytningen.

51. For det første måtte de implicerede i så fald befrygte, at den samlede aktieombytning ikke ville være omfattet af skattefritagelsen

26 — Jf. første og anden betragtning til direktiv 90/434.

27 — Jf. fjerde betragtning til direktiv 90/434.

28 — Jf. i denne retning fast retspraksis, bl.a. dom af 14.4.2005, sag C-110/03, Belgien mod Kommissionen, Sml. I, s. 2801, præmis 30, af 26.10.2006, sag C-248/04, Koninklijke Coöperatie Cosun, Sml. I, s. 10211, præmis 79, og af 21.2.2006, sag C-255/02, Halifax m.fl., Sml. I, s. 1609, præmis 72.

29 — Dom af 26.4.2005, sag C-376/02, »Goed Wonen«, Sml. I, s. 3445, præmis 32, og af 14.9.2006, forenede sager C-181/04 — C-183/04, Elmeka, Sml. I, s. 8167, præmis 31; i samme retning dom af 3.5.2005, forenede sager C-387/02, C-391/02 og C-403/02, Berlusconi m.fl., Sml. I, s. 3565, præmis 69, og af 11.7.2006, sag C-13/05, Chacón Navas, Sml. I, s. 6467, præmis 56.

30 — Koninklijke Coöperatie Cosun-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 28, præmis 79, jf. også dom af 15.12.1987, sag 326/85, Nederlandene mod Kommissionen, Sml. s. 5091, præmis 24, af 12.2.2004, sag C-236/03, Slob, Sml. I, s. 1861, præmis 37, og af 16.3.2006, sag C-94/05, Emsland-Stärke, Sml. I, s. 2619, præmis 43.

for indtægt, fortjeneste eller kapitalvinding i henhold til artikel 8, stk. 1, i direktiv 90/434. For det andet skal det tages i betragtning, at skattebyrden for en udlodning af udbytte, der finder sted kort tid senere, i henhold til national ret kan være forskellig, alt efter om den undergives udbyttebeskatning eller betragtes som en kontant udligningssum og dermed beskattes i medfør af direktivets artikel 8, stk. 4.

52. En videre fortolkning af begrebet kontant udligningssum kan heller ikke begrundes med det formål med direktiv 90/434, som består i at sikre de berørte medlemsstaters finansielle interesser og give dem mulighed for at bekæmpe skattesvig eller -unddragelse³¹. For det første har fællesskabslovgiver nemlig med netop dette formål indsat en særlig bestemmelse i direktiv 90/434, jf. dets artikel 11, stk. 1, litra a). For det andet går en *generel udvidelse* af begrebet kontant udligningssum ud over, hvad der er påkrævet for at sikre medlemsstaternes finansielle interesser og for at bekæmpe skattesvig og -unddragelse, uden at den fornødne forudseelighed af den fælles beskatningsordning samtidig sættes på spil for de berørte virksomheder.

53. Tilsvarende har Domstolen i Leur-Bloem-dommen fastholdt, at den fælles beskatningsordning, som er indført ved direktiv 90/434, finder anvendelse uden forskel på alle aktieombytninger, uanset om begrundelsen for transaktionen måtte være finansiell, økonomisk eller rent skattemæssig³². Heraf kan udledes, at de mulige motiver bag den pågældende transaktion ikke skal spille nogen rolle ved fortolkningen af begrebet kontant udligningssum, men først kan tages i betragtning i forbindelse med den kontrol af et eventuelt misbrug i konkrete tilfælde, der udøves i henhold til artikel 11 i direktiv 90/434³³.

54. Sammenfattende taler såvel systematiske betragtninger som formålsbetragtninger derfor imod en vid fortolkning af begrebet kontant udligningssum i artikel 2, litra d), i direktiv 90/434 og for, at det begrænses til egentlige modydelser for en majoritetserhvervelse. På denne baggrund kan foreløbig drages følgende konklusion:

Pengeydelser fra det erhvervende selskab, såsom udlodning af udbytte, der ikke på bindende måde er aftalt som modydelse for den af dette selskab modtagne andel i det erhvervede selskabs aktiekapital, hvorved der opnås et flertal af stemmerne i sidstnævnte

31 — Fjerde og niende betragtning til direktiv 90/434.

32 — Dom af 17.7.1997, sag C-28/95, Leur-Bloem, Sml. I, s. 4161, præmis 36.

33 — At en bedømmelse af formålene med en ombytning af aktier er forbeholdt en indgående prøvelse i konkrete tilfælde, er i øvrigt også fremhævet i Leur-Bloem-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 32, præmis 41 og 44.

selskab, er ikke omfattet af begrebet kontant udligningssum i artikel 2, litra d), i direktiv 90/434, uanset om de var planlagt i forvejen af de implicerede og blev erlagt i nær tidsmæssig sammenhæng med erhvervelsen af kapitalandelen³⁴.

hed for effektivt at bekæmpe skattesvig og skatteunddragelse³⁵. Den foreslåede snævre fortolkning af begrebet kontant udligningssum³⁶ er ikke på nogen måde i modstrid med dette mål. Derimod virkeliggøres netop dette mål ved bestemmelsen i artikel 11, stk. 1, litra a), i direktiv 90/434.

C — Mulighederne for at gribe ind over for en eventuel tilsigtet skatteunddragelse

55. Herefter skal det undersøges, hvorvidt de nationale myndigheder i et tilfælde som det foreliggende kan gribe ind over for en med aktieombytningen muligvis tilsigtet skatteunddragelse.

56. Som allerede nævnt er et af formålene med direktiv 90/434 at sikre medlemsstaternes finansielle interesser og give dem mulig-

57. Denne bestemmelse udtrykker grundlæggende, hvad der også er anerkendt i fast retspraksis: Borgerne kan ikke gøre fællesskabsretten gældende med henblik på at muliggøre svig eller misbrug. Således kan anvendelsesområdet for en fællesskabsretlig ordning ikke udvides til at dække erhvervsdrivendes retsstridige transaktioner, dvs. transaktioner, som ikke har fundet sted som led i almindelige kommercielle transaktioner, men alene har haft til formål retsstridigt at opnå fordele hjemlet i fællesskabsretten³⁷.

58. Naturligvis kan udnyttelsen af de muligheder for at disponere, der foreligger i henhold til fællesskabsretten — her direktiv

34 — Blot for fuldstændighedens skyld nævnes, at tilsvarende siden ikrafttrædelsen af direktiv 2005/19 også gælder for yderligere erhvervelse af aktier, hvorved en allerede bestående kontrol over det erhvervede selskab udvides.

35 — Jf. dette forslags punkt 52 og fodnote 31.

36 — Jf. dette forslags punkt 43-54.

37 — Dom af 9.3.1999, sag C-212/97, Centros, Sml. I, s. 1459, præmis 24 og den deri nævnte retspraksis, af 6.4.2006, sag C-456/04, Agip Petroli, Sml. I, s. 3395, præmis 20, og af 12.9.2006, sag C-196/04, Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas, Sml. I, s. 7995, præmis 35, samt Halifax-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 28, præmis 68 og 69.

90/434 — ikke i sig selv begrunde en mistanke om misbrug³⁸. I henhold til artikel 11, stk. 1, litra a), i direktiv 90/434 kan medlemsstaterne imidlertid frit afslå helt eller delvis at anvende de i direktivet fastsatte skattefordele med hensyn til en ombytning af aktier eller inddrage adgangen til at anvende dem, såfremt en sådan transaktion har skattesvig eller skatteunddragelse som hovedformål eller som et af hovedformålene.

ikke noget forsvarligt økonomisk formål i direktivets forstand⁴⁰. Bortset herfra kan også den nære tidsmæssige sammenhæng mellem udbytteudlodningen og aktieombytningen tyde på et muligt misbrug af de muligheder for at disponere, som foreligger i henhold til direktiv 90/434. Det samme gælder for den omstændighed, at de implicerede handlede med viden om den nært forestående ændring af den dansk-irske dobbeltbeskatningsoverenskomst.

59. Som eksempel på, at der foreligger et sådant formål, nævnes i artikel 11, stk. 1, litra a), andet punktum, i direktiv 90/434, at der ikke foreligger forsvarlige økonomiske betragtninger som grundlag for den pågældende transaktion. I et tilfælde som det foreliggende, hvor det ifølge den forelæggende rets konstatering af de faktiske omstændigheder ikke var nogen konkret forretningsmæssig anledning til ombytningen af aktier, men formålet snarere var skattebesparelse³⁹, kommer en nægtelse af skattefritagelsen i henhold til artikel 8, stk. 1, i direktiv 90/434 derfor klart i betragtning. En ombytning af aktier, hvorved der tilstræbes rent skattemæssige fordele, tjener

60. Om det i det konkrete tilfælde er begrundet at afslå helt eller delvis at anvende de i direktiv 90/434 fastsatte skattefordele med hensyn til ombytning af aktier eller inddrage adgangen til at anvende dem, afhænger af en samlet bedømmelse af samtlige omstændigheder i det konkrete tilfælde, som påhviler de kompetente nationale myndigheder og skal være undergivet en retslig prøvelsesadgang⁴¹.

61. Det foreliggende tilfælde er særegent derved, at dansk ret i det her relevante tidsrum ikke indeholdt nogen specifik bestemmelse til gennemførelse af artikel 11, stk. 1, litra a), i direktiv 90/434. Særlig Hans Markus Kofoed er derfor af den opfattelse, at han med urette er blevet nægtet skattefordelene i henhold til direktiv 90/434.

38 — I samme retning med hensyn til påberåbelse af etableringsfriheden (artikel 43 EF), Centros-dommen, præmis 27, og Cadbury Schweppes-dommen, præmis 36-38, begge nævnt ovenfor i fodnote 37.

39 — De implicerede var tilsyneladende bevidste om, at ikrafttrædelsen af en ny, for dem mindre fordelagtig, dansk-irsk dobbeltbeskatningsoverenskomst var nært forestående, således at der på daværende tidspunkt var en tilskyndelse til at spare skat ved hjælp af en ombytning af aktier og umiddelbart derefter udbytteudlodning fra det irske selskab, jf. dette forslags punkt 29 og 30.

40 — Leur-Bloem-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 32, præmis 47.

41 — Leur-Bloem-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 32, præmis 41.

62. Imidlertid er en ordret gentagelse af direktivets bestemmelser i en udtrykkelig, specifik lovbestemmelse langt fra altid nødvendig; derimod kan det, afhængigt af direktivets indhold, være tilstrækkeligt til gennemførelse heraf, at der er fastlagt en generel retlig ramme, herunder almindelige forfatnings- eller forvaltningsretlige grund-sætninger, hvis det derved på en tilstrækkeligt præcis og klar måde er sikret, at direktivet anvendes fuldt ud⁴².

63. Den forelæggende ret vil derfor skulle undersøge, om ikke almindelige bestemmelser eller grundsætninger i national ret, hvorefter der i skattemæssig henseende ikke skal tages hensyn til skatteretshandler, eller hvorefter der gælder et forbud mod misbrug af visse skattefordele, kan finde anvendelse på det foreliggende tilfælde; ligeledes er det muligt at anvende almindelige bestemmelser i national ret om skattesvig eller skatteunddragelse⁴³. Under den mundtlige forhandling for Domstolen var der uenighed mellem repræsentanterne for Hans Markus Kofoed og den danske regering om, hvilke muligheder dansk ret giver herfor.

64. Naturligvis skal alle sådanne regler, uanset om de er udstedt til gennemførelse

af direktiv 90/434 eller ikke, fortolkes og anvendes i overensstemmelse med fællesskabsretten og særligt ordlyden af og formålet med direktiv 90/434 og dets artikel 11, stk. 1, litra a)⁴⁴.

65. Det taler ikke imod en fortolkning af national ret i overensstemmelse med fællesskabsretten, at den muligvis kan være til skade for borgerne. En anvendelse gennem bestemmelser i national ret, dvs. en *indirekte* anvendelse af fællesskabsretten, som er til skade for borgerne, er nemlig tilladt⁴⁵.

66. Kun en *direkte* anvendelse af artikel 11, stk. 1, litra a), i direktiv 90/434 til skade for Hans Markus Kofoed og Niels Toft ville være udelukket for de danske myndigheder. Således kan en medlemsstat ikke over for en borger påberåbe sig en direktivbestemmelse,

42 — Jf. i denne retning fast retspraksis, bl.a. dom af 16.6.2005, sag C-456/03, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 5335, præmis 51, og af 6.4.2006, sag C-428/04, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 3325, præmis 99.

43 — I samme retning dom af 19.1.1982, sag 8/81, Becker, Sml. s. 53, præmis 34.

44 — Om nationale retters forpligtelse til at fortolke national ret direktivkonformt jf. fast retspraksis, navnlig dom af 10.4.1984, sag 14/83, von Colson og Kamann, Sml. s. 1891, præmis 26, af 5.10.2004, forenede sager C-397/01 — C-403/01, Pfeiffer m.fl., Sml. I, s. 8835, præmis 113-119 og den deri nævnte retspraksis, samt Adeneler-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 21, præmis 108, 109 og 111.

45 — Således er det anerkendt, at forpligtelsen til direktivkonform fortolkning af national ret også gælder i retsforhold, hvor den nødvendigvis er til skade for en borger. For det første i horisontale retsforhold, dvs. mellem borgere, jf. bl.a. dom af 13.11.1990, sag C-106/89, Marleasing, Sml. I, s. 4135, præmis 6 og 8, og af 14.7.1994, sag C-91/92, Faccini Dori, Sml. I, s. 3325, præmis 20, 25 og 26, og for det andet i de såkaldte trekantssituationer, jf. dom af 7.1.2004, sag C-201/02, Wells, Sml. I, s. 723, præmis 57 og den deri nævnte retspraksis. I samme retning også mit forslag til afgørelse af 14.10.2004 i de forenede sager C-387/02, C-391/02 og C-403/02, Berlusconi m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 29, punkt 153.

som den ikke selv har gennemført⁴⁶. Ifølge fast retspraksis kan et direktiv ikke *i sig selv* skabe forpligtelser for borgerne, og en direktivbestemmelse kan derfor ikke *som sådan* påberåbes over for borgerne⁴⁷.

forbindelse med omstrukturering af kapital-selskaber⁴⁹ ville blive bragt i fare. Desuden ville det tidligere omtalte forbud mod en direkte anvendelse af ikke-gennemførte direktivbestemmelser til skade for borgerne herved også blive undermineret⁵⁰.

68. Sammenfattende gælder derfor følgende:

67. Lige så lidt kan de kompetente myndigheder i øvrigt over for borgerne *direkte* påberåbe sig et eventuelt almindeligt fællesskabsretligt princip om, at retsmisbrug er forbudt. For så vidt angår tilfælde, som er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 90/434, har et sådant princip fundet specifikt udtryk og er blevet konkretiseret i direktivets artikel 11, stk. 1, litra a)⁴⁸. Hvis man herudover tillod en direkte anvendelse af en almindelig retsgrund sætning, hvis indhold er langt mindre klart og præcist, ville der være fare for, at harmoniseringsformålet med direktiv 90/434 ville blive undermineret, og den med direktivet tilstræbte retssikkerhed i

For at afslå helt eller delvis at anvende afsnit II i direktiv 90/434 i et konkret tilfælde eller inddrage adgangen til at anvende det kræves der ikke nødvendigvis en specifik bestemmelse til gennemførelse af artikel 11, stk. 1, litra a), i direktiv 90/434. Derimod er det i dette øjemed også muligt at anvende almindelige bestemmelser i national ret — herunder almindelige forfatnings- eller forvaltningsretlige grundsætninger — for så vidt som disse fortolkes og anvendes i overensstemmelse med fællesskabsretten og navnlig med ordlyden af og formålene med direktiv 90/434 og dets artikel 11, stk. 1, litra a). En direkte anvendelse af artikel 11, stk. 1, litra a), i direktiv 90/434 til skade for borgerne er derimod ligesom en direkte anvendelse af et almindeligt fællesskabsretligt forbud mod retsmisbrug ikke tilladt.

46 — Dom af 19.11.1991, forenede sager C-6/90 og C-9/90, Francovich m.fl., Sml. I, s. 5357, præmis 21, af 26.9.1996, sag C-168/95, Arcaro, Sml. I, s. 4705, præmis 42, af 29.4.2004, sag C-102/02, Beuttenmüller, Sml. I, s. 5405, præmis 63, og af 30.3.2006, sag C-184/04, Uudenkaupungin kaupunki, Sml. I, s. 3039, præmis 28.

47 — Jf. blandt en lang række domme Pfeiffer-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 44, præmis 108 og den deri nævnte retspraksis, og Berlusconi-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 29, præmis 73; mine fremhævelser.

48 — Også i øvrigt skal nationale foranstaltninger inden for et område, der har været genstand for en *udtømmende* harmonisering på fællesskabsplan, bedømmes på grundlag af de harmoniserede bestemmelser og ikke på grundlag af bestemmelser i den primære ret, jf. dom af 13.12.2001, sag C-324/99, DaimlerChrysler, Sml. I, s. 9897, præmis 32, og af 14.12.2004, sag C-210/03, Swedish Match, Sml. I, s. 11893, præmis 81. Der består dog altid mulighed for inden for rammerne af artikel 220 ff. EF at efterprøve lovligheden af sekundær ret i henhold til trin højere bestemmelser i den primære ret.

49 — Jf. herom særligt dette forslags punkt 48-51.

50 — Uklar i denne henseende er dom af 22.11.2005, sag C-144/04, Mangold, Sml. I, s. 9981, præmis 74-77.

VI — Forslag til afgørelse

69. På baggrund af det anførte foreslår jeg Domstolen at besvare det af Østre Landsret forelagte spørgsmål således:

- »1) Pengeydelse fra det erhvervende selskab, såsom udlodning af udbytte, der ikke på bindende måde er aftalt som modydelse for den af dette selskab modtagne andel i det erhvervede selskabs aktiekapital, hvorved der opnås et flertal af stemmerne i sidstnævnte selskab, er ikke omfattet af begrebet kontant udligningssum i artikel 2, litra d), i direktiv 90/434, uanset om de var planlagt i forvejen af de implicerede og blev erlagt i nær tidsmæssig sammenhæng med erhvervelsen af kapitalandelen.
- 2) For at afslå helt eller delvist at anvende afsnit II i direktiv 90/434/EØF i et konkret tilfælde eller inddrage adgangen til at anvende det kræves der ikke nødvendigvis en specifik bestemmelse til gennemførelse af artikel 11, stk. 1, litra a), i direktiv 90/434/EØF. Derimod er det i dette øjemed også muligt at anvende almindelige bestemmelser i national ret — herunder almindelige forfatnings- eller forvaltningsretlige grundsætninger — for så vidt som disse fortolkes og anvendes i overensstemmelse med fællesskabsretten og navnlig med ordlyden af og formålene med direktiv 90/434/EØF og dets artikel 11, stk. 1, litra a). En direkte anvendelse af artikel 11, stk. 1, litra a), i direktiv 90/434/EØF til skade for borgerne er derimod ligesom en direkte anvendelse af et almindeligt fællesskabsretligt forbud mod retsmisbrug ikke tilladt.«