

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNE PRAVOBRANILKE

JULIANE KOKOTT,
predstavljeni 8. februarja 2007¹

I – Uvod

ugodne posledice v zvezi z njihovo obdavčitvijo?

1. Ta zadeva odpira zanimiv davčnopравни problem v zvezi s prestrukturiranjem podjetij².

3. Ozadje te zadeve je transakcija, s katero sta danska davčna zavezanca prenesla svoja deleža v danski kapitalski družbi na irsko kapitalsko družbo in za to prejela deleže v tej irski družbi. Irska družba je nekaj dni kasneje obema danskima davčnima zavezancema razdelila dobiček, kot je bilo načrtovano od začetka.

2. Na Sodišče je naslovljeno vprašanje o zahtevah prava Skupnosti glede davčnega obravnavanja *razdelitve dobička*, ki je tesno povezana z malo pred tem izvedeno čezmejno *zamenjavo poslovnih kapitalskih deležev*. Ali lahko pristojna davčna uprava takšno razdelitev dobička obravnava kot del prejemka in s tem kot *gotovinsko plačilo* družbe prevzemnice za kapitalske deleže, ki se prenesejo v njeno premoženje, kar za prizadete davčne zavezance pomeni ne-

4. Tako zamenjava kapitalskih deležev kot tudi sklep o razdelitvi dobička sta bila izvedena malo pred uveljavitvijo nove dansko-irske konvencije o izogibanju dvojnega obdavčevanja, ki naj bi uvedla manj ugodne določbe za obdavčitev dividend, kot so za danske davčne zavezance veljale po konvenciji, ki se je uporabljala takrat.

1 — Jezik izvornika: nemščina.

2 — Zaradi poenostavitve se v nadaljevanju izraz prestrukturiranje uporablja kot splošen izraz za združitve in delitve kapitalskih družb, prenos sredstev nanje in zamenjavo deležev v njih.

II – Pravni okvir

nominalne vrednosti, računovodske vrednosti vrednostnih papirjev, izdanih v zameno;

A – Pravo Skupnosti

5. V tej zadevi je okvir prava Skupnosti določen z Direktivo Sveta 90/434/EGS o skupnem sistemu obdavčitve za združitve, delitve, prenose sredstev in zamenjave kapitalskih deležev družb iz različnih držav članic z dne 23. julija 1990.³

[...]

g) ‚prevzeta družba‘ pomeni družbo, v kateri druga družba pridobi delež z zamenjavo vrednostnih papirjev;

6. Med splošnimi določbami v naslovu I Direktive 90/434 se v členu 2 nahajajo določbe o izrazih, ki se v povzetku glasijo, kot sledi:

h) ‚družba prevzemnica‘ pomeni družbo, ki pridobi delež z zamenjavo vrednostnih papirjev;

„V tej direktivi imajo izrazi naslednji pomen:

[...]

[...]"

d) ‚zamenjava kapitalskih deležev‘ pomeni operacijo, s katero družba pridobi delež v kapitalu druge družbe, tako da pridobi večino glasovalnih pravic v tej družbi v zamenjavo za izdajo vrednostnih papirjev, ki predstavljajo kapital prve družbe, družbenikom druge družbe, z njihovimi vrednostnimi papirji, in če je primerno, gotovinsko plačilo, ki ne presega 10 % nominalne vrednosti, ali, v odsotnosti

7. V naslovu II Direktive 90/434 člen 8 določa predvsem:

„1. Dodelitev vrednostnih papirjev ob združitvi, delitvi ali zamenjavi kapitalskih deležev, ki predstavljajo kapital družbe prejemnice ali prevzemnice, družbeniku prenosne družbe ali prevzete družbe v zamenjavo za vrednostne papirje, ki predstavljajo kapital sled-

3 — UL L 225, str. 1.

nje, sama po sebi ne povzroči obdavčitve dohodka, dobičkov ali kapitalskih dobičkov tega družbenika.

člena 1 ni izvedena zaradi veljavnih komercialnih razlogov, kakor so prestrukturiranje ali racionalizacija dejavnosti družb, ki sodelujejo v operaciji, povzroči domnevo, da je glavni namen ali eden glavnih namenov operacije davčna utaja ali izogibanje plačilu davka;

[...]

[...]“

4. Odstavki 1, 2 in 3 državi članici ne preprečujejo, da pri obdavčevanju družbenikov upošteva morebitna gotovinska plačila, opravljena ob združitvi, delitvi ali zamenjavi.“

9. Z Direktivo 2005/19⁴ so bili spremenjeni naslov in različne določbe Direktive 90/434. Te spremembe pa so začele veljati šele 24. marca 2005⁵ in so jih morale države članice v svojo zakonodajo prenesti do 1. januarja 2006 oziroma do 1. januarja 2007⁶, zato za predmetno zadevo niso upoštevne.

8. Med končne določbe v naslovu V Direktive 90/434 med drugim sodi naslednja določba člena 11:

B – Nacionalno pravo

„1. Država članica lahko zavrne uporabo ali odvzame ugodnosti vseh ali nekaterih določb pod naslovi II, III in IV, kadar se izkaže, da

1. Davčno obravnavanje zamenjave kapitalskih deležev

10. Za davčno obravnavanje zamenjave kapitalskih deležev so bile do trenutka, rele-

a) je glavni namen združitve, delitve, prenosa sredstev ali zamenjave kapitalskih deležev ali ko je eden glavnih namenov davčna utaja ali izogibanje plačilu davka; lahko dejstvo, da ena od operacij iz

⁴ — Direktiva 2005/19/ES Sveta z dne 17. februarja 2005 o spremembah Direktive 90/434/EGS o skupnem sistemu obdavčitve za združitve, delitve, prenose sredstev in zamenjave kapitalskih deležev družb iz različnih držav članic (UL L 58, str. 19).

⁵ — 24. marec 2005 je dvajseti dan po objavi Direktive 2005/19 v Uradnem listu Evropske unije, glej člen 254(1) ES.

⁶ — Člen 2 Direktive 2005/19.

vantnega za ta postopek, po danskem pravu upoštevne določbe zakona o obdavčitvi dobička iz delnic, kot tudi zakona o davčnem obravnavanju združitvev⁷.

2. Zamenjava kapitalskih deležev v smislu drugega odstavka je postopek, po katerem družba pridobi delež na kapitalu druge družbe, ki ji podeljuje večino glasovalnih pravic, in sicer v zamenjavo za zagotovitev kapitalskih deležev družbe prevzemnice imetnikom deležev druge družbe, kot tudi, odvisno od primera, za gotovinsko plačilo, pri čemer pa to ne sme preseči 10 % nominalne vrednosti, ob neobstoju te pa obračunske vrednosti zagotovljenih deležev.“

11. Po prenosu Direktive 90/434 v dansko pravo je člen 13 zakona o obdavčitvi dobička iz delnic⁸ v svojih prvih dveh pododstavkih⁹ določal naslednje:

- „1. Pri zamenjavi kapitalskih deležev ima imetnik deleža prevzete družbe možnost obdavčitve v skladu s členoma 9 in 11 zakona o davčnem obravnavanju združitvev, če sodita tako prevzemna kot tudi prevzeta družba pod pojem „družba države članice“ v smislu člena 3 Direktive 90/434/EGS. Trenutek zamenjave kapitalskih deležev pri tem šteje za trenutek združitve. Predpostavka za to je, da se zamenjava deležev izvrši najkasneje v šestih mesecih po prvem dnevu zamenjave.

12. Iz pripravljanih dokumentov v zvezi z zakonodajo izhajajo, da se mora pojem zamenjave kapitalskih deležev v smislu člena 13 zakona o obdavčitvi dobička iz delnic ujemati z definicijo, vsebovano v členu 2(d) Direktive 90/434.¹⁰

13. Člena 9 in 11 danskega zakona o davčnem obravnavanju združitvev¹¹, na katera se sklicuje člen 13, pododstavek 1, zakona o

7 — Naslednji pravni predpisi temeljijo na podatkih predložitvenega sodišča v predlogu za sprejetje predhodne odločbe in na dopolnitvah, ki jih je na zahtevo Sodišča podala danska vlada.

8 — Aktieavancebeskatningsloven (*Lovtidende* 1993, str. 4171, 4173 in 4176).

9 — Člen 13, pododstavek 3, v zvezi s členom 4 zakona o obdavčitvi dobička iz delnic predvideva posebno ureditev za zamenjavo delnic družb z borzno kotacijo, ki v predmetni zadevi ni upoštevna.

10 — Tako podatki Østre Landsret ob sklicevanju na pojasnila k predlogu zakona (*Folketings Tidende*, Priloga A, 1991/92, stolpec 517).

11 — Fusionskatteloven (*Lovtidende* 1992, str. 3374–3382).

obdavčitvi dobička iz delnic, med drugim določata naslednje:

14. Po soglasnih navedbah vseh strank v postopku v dansko zakonodajo prvotno še ni bila vključena posebna določba za prenos člena 11 Direktive 90/434 v zvezi z zamenjavo deležev. Ustrezna zakonodaja, ki je uvedla zahtevo po dovoljenju Ligningsråda, je bila namreč predlagana šele konec leta 1994 in sprejeta leta 1995.¹²

„Člen 9

1. Če prejme plačilo na drugačen način kot z deleži družbe prevzemnice, se šteje, da je imetnik deleža deleže v prevzeti družbi odsvojil tretji osebi.

2. Obdavčitev dividend

[...]

a) Nacionalna danska zakonodaja

Člen 11

1. Deleži družbe prevzemnice, ki jih imetniki deležev prevzamejo kot plačilo za deleže prevzete družbe, se pri ugotavljanju splošnega ali posebnega davčnega dohodka obravnavajo tako, kot če bi bili pridobljeni v istem trenutku in za isto ceno kot zamenjani deleži. [...]“

15. Dividende, ki se izplačajo fizičnim osebam s prebivališčem na Danskem, so tam podvržene obdavčitvi skladno s členom 16a, pododstavek 1, zakona o odmeri davka¹³ in členom 4a zakona o dohodnini.¹⁴ Ista ureditev se uporablja tudi za gotovinska plačila, pridobljena v okviru zamenjave deležev.¹⁵

12 — Po podatkih predložitvenega sodišča, dopolnjenih z navedbami H. M. Kofoeda, gre za predlog zakona z dne 2. novembra 1994, ki je bil sprejet 25. aprila 1995.

13 — Ligningsloven (*Lovtidende* 1992, str. 5478, 5495 in 5496).

14 — Personskatteloven (*Lovtidende* 1992, str. 3914–3916).

15 — Tako neprerekani podatki H. M. Kofoeda.

16. Člen 16a, pododstavek 1, zakona o odmeri davka določa naslednje:
2. Dohodek iz dobička ne sodi v davčni dohodek.“

„Pri ugotavljanju splošnega davčnega dohodka se obravnavajo dobički iz delnic, deležev in podobnih vrednostnih papirjev. Za dobiček se štejejo vsi zneski, ki jih je družba izplačala delničarjem ali imetnikom deležev, z izjemo prostih delnic in likvidacijskih sredstev, ki so bila izplačana v koledarskem letu, v katerem je družba dokončno prenehala.“

18. Dodatno gre opozoriti na člen 8a zakona o dohodnini, ki med drugim določa:

17. Člen 4a zakona o dohodnini se v izvečku glasi, kot sledi:

- „1. Davek na dohodke od dividend, ki ne presegajo osnovnega zneska 26.400 DKK, se odmeri kot dokončni davek v višini 30 %. Davek na dohodke od dividend, ki je odtegnjen v skladu s členom 65 zakona o davku po odbitku, pri tem pa ti dohodki ne presegajo osnovnega zneska, predstavlja dokončno plačilo davka, zato se davek od dividend v skladu s členom 67 zakona o davku po odbitku ne všteje v končni davčni dolg.“

- „1. Dohodek iz dobička sestavlja celotni znesek

1. dividend od deležev v skladu s členom 16a zakona o odmeri davka, ki ga družbe – davčne zavezanke izplačajo v smislu [...];
 2. Davek na dohodke od dividend, ki presegajo osnovni znesek 26.400 DKK, se odmeri v višini 45 %. Davek na dohodke od dividend, ki presegajo osnovni znesek, se všteje v končni davčni dolg, in davek od dividend, ki je bil v skladu s členom 65 zakona o davku po odbitku odtegnjen od tega dela dividend, se v skladu s členom 67 zakona o davku po odbitku všteje v končni davčni dolg.
- [...]

[...]“

b) Dansko-irska konvencija o izogibanju dvojnega obdavčevanja

19. Konvencija o izogibanju dvojnega obdavčevanja med Kraljevino Dansko in Irsko¹⁶, ki se uporablja za dejansko stanje v postopku v glavni stvari, je bila na Danskem ratificirana 15. aprila 1964.

20. Skladno s členom 6(1)(a) navedene konvencije je bila Irska upravičena, da obdavči dividende, ki jih je irska družba izplačala osebi s stalnim prebivališčem na Danskem; izterjava dodatnih davkov pa je bila izključena.

21. Člen 23(2) konvencije o izogibanju dvojnega obdavčevanja je določal:

„Če oseba, za katero se za obdavčitev na Danskem šteje, da tam stanuje ali ima stalno prebivališče (neodvisno od tega, ali se za obdavčitev na Irskem šteje, da stanuje ali ima stalno prebivališče tudi tam), na Irskem

prejema dohodke ali poseduje premoženje, ti dohodki oz. premoženje pa se lahko v skladu s to konvencijo obdavčijo na Irskem, Danska dopusti odbitek danskega davka od dohodka ali premoženja v znesku, ki ustreza davku od dohodka ali premoženja, ki sorazmerno odpade na dohodek, ki izvira iz Irske, oz. premoženje, ki se nahaja na Irskem.“

22. Po podatkih Østre Landsret (v nadaljevanju tudi: predložitveno sodišče) so se navedene določbe po ustaljeni sodni praksi danskih sodišč razlagale tako, da je bila dividenda, ki jo je irska družba plačala osebi s stalnim prebivališčem na Danskem, predmet olajšave v skladu z načelom oprostitve (nova metoda).

23. V letih 1992/93 je bila dansko-irska konvencija o izogibanju dvojnega obdavčevanja po pogajanjih spremenjena tako, da se lahko odslej dividenda, ki jo irska družba izplača osebi s stalnim prebivališčem na Danskem, obdavči na Irskem in Danskem ter da se davek, plačan na Irskem, upošteva na Danskem. Po podatkih predložitvenega sodišča je ta nova konvencija o izogibanju dvojnega obdavčevanja v delu, ki zadeva dividende, na Danskem začela veljati 7. novembra 1993.

¹⁶ — Podpisana v Københavnu, 4. februarja 1964.

III – Dejansko stanje in postopek v glavni stvari

24. H. M. Kofoed je prvotno imel 50-odstotni delež v Cosmopolit Holding ApS, danski družbi z omejeno odgovornostjo. Preostalih 50 % kapitala te družbe je pripadalo N. Toftu.

25. Oba sta 26. oktobra 1993 za 1 IEP pridobila vsak po 1 delnico Dooralong Ltd, družbe, ustanovljene s posebnim namenom („shell company“) irskega prava, z vplačanim kapitalom v skupni vrednosti 2 IEP.

26. 29. oktobra 1993 je prišlo do zamenjave deležev, pri čemer sta H. M. Kofoed in N. Toft svoja deleža v družbi Cosmopolit Holding ApS, v nominalni vrednosti 120.000 DKK, zamenjala za novoizdane deleže v družbi Dooralong Ltd, v nominalni vrednosti 10.500 IEP. Zaradi te zamenjave sta imela H. M. Kofoed in N. Toft odslej v Dooralong Ltd vsak delež v nominalni vrednosti 10.501 IEP ali 50 %, medtem ko je bila Dooralong Ltd lastnica celotnega osnovnega kapitala družbe Cosmopolit Holding ApS. H. M. Kofoed in N. Toft torej odslej družbe Cosmopolit Holding ApS nista več nadzorovala neposredno, temveč posredno, prek vmesne družbe Dooralong Ltd

27. Na letni skupščini družbe Dooralong Ltd, ki je potekala 3. novembra 1993, je bil predstavljen in potrjen njen letni zaključni račun za 2. november 1993. Ta račun je izkazoval dobiček v skupni višini 2.742.616 IEP (približno 26 milijonov DKK) iz dejavnosti novopridobljene hčerinske družbe Cosmopolit Holding ApS, ki je sama predložila svoj letni zaključni račun 31. oktobra 1993. Premoženje Dooralong Ltd je sestavljal celoten osnovni kapital družbe Cosmopolit Holding ApS, ki je, kot to izhaja iz njenega letnega zaključnega računa za 31. oktober 1993, po opravljeni razdelitvi dobička na družbo Dooralong Ltd še vedno razpolagala s svojim kapitalom v višini 1.709.806,00 DKK; pred tem je ta znašal približno 28 milijonov DKK.

28. Na letni skupščini družbe Dooralong Ltd 3. novembra 1993 je bilo prav tako odločeno, da se razdeli dobiček v višini 2.742.116 IEP¹⁷. Od te razdelitve je 50 %, torej 1.371.058 IEP, odpadlo na H. M. Kofoeda.

29. Po ugotovitvah v postopku v glavni stvari, na katere se opira predložitevno sodišče, za te operacije ni obstajal noben poslovni razlog, pač pa je bil namen predvsem davčni prihranek. Tako H. M. Kofoed in N. Toft v trenutku zamenjave deležev

¹⁷ — Po podatkih predložitvenega sodišča so stranke postopka v glavni stvari soglasne, da je bila ta razdelitev dobička opravljena v skladu z veljavno irsko zakonodajo.

nista imela popolnoma določenih načrtov, da bosta prek družbe Dooralong Ltd opravljala gospodarsko dejavnost.

30. Čeprav o opravljeni razdelitvi dobička družbe Dooralong Ltd pred tem ni bil sklenjen zavezujoč dogovor, je skupnemu namenu H. M. Kofoeda in N. Tofta od vsega začetka ustrezalo, da na prvi skupščini po izvedbi zamenjave deležev razdelita precejšen del dobička družbe Dooralong Ltd. Udeleženca sta vedela za takrat veljavno konvencijo o izogibanju dvojnega obdavčevanja in tudi za to, da naj bi bila ta spremenjena.

31. V davčni napovedi za leto 1993, oddani na Danskem, se je H. M. Kofoed skliceval na v zadevnem času veljavno konvencijo o izogibanju dvojnega obdavčevanja, v skladu s katero je dobiček, ki ga je v njegovo korist razdelila družba Dooralong Ltd, v njegovem primeru na Danskem oproščen davka. Prav tako je po takrat veljavni danski zakonodaji davka oproščena zamenjava njegovih deležev v družbi Cosmopolit Holding ApS za deleže v družbi Dooralong Ltd.

32. V nasprotju s tem so danski davčni organi obravnavali zamenjavo deležev H. M. Kofoeda v družbi Cosmopolit Holding ApS za deleže v družbi Dooralong Ltd in tudi posledično razdelitev dobička družbe Dooralong Ltd kot del enotne operacije.

Skladno s tem je opravljena razdelitev dobička v resnici predstavljala del plačila za odsvojitvev in s tem gotovinsko plačilo v okviru zamenjave deležev. Ker je to gotovinsko plačilo znašalo več kot 10 % nominalne vrednosti prenesenih deležev, se zanj ni uporabila določba o davka prosti zamenjavi deležev.

33. Ta različna stališča o davčnem obravnavanju razdelitve dobička in zamenjave deležev so razlog za postopek v glavni stvari, ki poteka pred Østre Landsret.

IV – Predlog za sprejetje predhodne odločbe in postopek pred Sodiščem

34. Østre Landsret je s sklepom z dne 3. avgusta 2004, ki je v sodno tajništvo Sodišča prispel 23. avgusta 2005, prekinilo postopek in Sodišču v predhodno odločanje predložilo to vprašanje:

„Ali se člen 2(d) Direktive 90/434 razlaga tako, da ni podana zamenjava deležev v smislu Direktive o obdavčitvi združitvev, če so

udeleženci zamenjave deležev, ne da bi se k temu pravno zavezali, sočasno s sporazumom o tej zamenjavi izrazili skupen namen, da bodo na prvi naslednji skupščini družbe prevzemnice po zamenjavi deležev glasovale za razdelitev dobička, ki presega 10 % nominalne vrednosti pri zamenjavi deležev udeleženi vrednostnih papirjev, in če je ta dobiček tudi dejansko razdeljen?“

doseže skupna davčna ureditev.¹⁸ Taka ureditev vsebuje davčne ugodnosti. Člen 8(1) Direktive 90/434 posebej predvideva, da dodelitev deležev v družbi prevzemnici na podlagi zamenjave deležev ne sme povzročiti obdavčitve dobička od odsvojitve. Na ta način naj bi se zagotovilo davčno nevtralnost takšne operacije prestrukturiranja in preprečilo, da bi bile tihe rezerve ali drugo povečevanje vrednosti kapitalskih deležev obdavčeni še pred svojo dejansko realizacijo.

35. V postopku pred Sodiščem so poleg H. M. Kofoeda podali pisna in ustna stališča danska vlada, vlada Združenega kraljestva in Komisija Evropskih skupnosti.

V – Presoja

A – Uvodne ugotovitve

36. Namen Direktive 90/434 je, da se odpravijo morebitne davčne neugodnosti v zvezi s čezmejnimi prestrukturiranjem podjetij, tako da se za določene operacije, kot so združitve ali zamenjava deležev, v Skupnosti

37. Iz člena 2(d) Direktive 90/434 pa izhaja, da se lahko določena operacija obravnava kot zamenjava deležev v smislu te direktive le tedaj, če morebitno, s strani družbe prevzemnice opravljeno gotovinsko plačilo ne presega 10 % nominalne vrednosti oz. ob izostanku takšne nominalne vrednosti 10 % računske vrednosti pridobljenih deležev. S tem naj se prepreči, da bi se med prestrukturiranjem z uporabo zanj veljavnih davčnih ugodnosti v večjem obsegu realizirala povečevanja vrednosti, tako kot če bi bili deleži prevzete družbe odsvojeni na trgu. Dobički, ki bi bili pri odsvojitvi deležev na trgu

18 — Prva, druga in tretja uvodna izjava Direktive 90/434.

obdavčeni, se ne smejo poljubno izogniti obdavčitvi samo zato, ker so bili doseženi v okviru prestrukturiranja. Zaradi 10-odstotne meje pa ostane udeležencem prestrukturiranja določen manevrski prostor za gotovinska plačila, ki lahko služijo izravnavi vrednosti pri zamenjavi deležev.

Direktive 90/434, tako da lahko udeleženci uživajo v njej predvideno davčno oprostitvev.

38. Vprašanje predložitvenega sodišče se končno nanaša na pojem gotovinskega plačila v skladu s členom 2(d) Direktive 90/434. V bistvu želi izvedeti, ali se lahko kot gotovinsko plačilo v smislu te določbe obravnava tudi razdelitev dobička družbe prevzemnice, ki je v tesni časovni zvezi z njeno pridobitvijo deleža v prevzeti družbi in je bila, čeprav ne zavezujoče dogovorjena, vsekakor od začetka nameravana.

40. Če bi bilo treba namreč razdelitev dobička družbe Dooralong Ltd, v okviru enovite obravnave operacij med 29. oktobrom 1993 in 3. novembrom 1993, še šteti za gotovinsko plačilo v smislu člena 2(d) Direktive 90/434, bi imelo to zaradi prekoračitve v tej določbi predpisane 10-odstotne meje za posledico, da zamenjava deležev v smislu te določbe *ne* obstaja in s tem tudi prepoved obdavčitve dobička od odsvojitve, ki sledi iz člena 8(1), v tem primeru že od začetka ne bi bila uporabljiva. Razdelitev dobička 3. novembra 1993 je namreč glede na svoj obseg ustrezala znesku več kot 10 % nominalne vrednosti deležev v družbi Dooralong Ltd, ki je bila izročena H. M. Kofoedu in N. Toftu 29. oktobra 1993.

39. To vprašanje je v obravnavani zadevi odločilno za presojo, ali je operacijo, izpeljano 29. oktobra 1993, pri kateri sta H. M. Kofoed in N. Toft svoja deleža v prevzeti družbi Cosmopolit Holding ApS prenesla na Dooralong Ltd kot družbo prevzemnico in za to prejela deleža v družbi Dooralong Ltd, še mogoče šteti za zamenjavo deležev v smislu

41. Praktični učinki obravnavane zadeve pa se raztezajo čez razjasnitev pojma gotovinskega plačila. V ozadju tega vprašanja razlage je končno namreč vprašanje, na kakšen način veljavno pravo Skupnosti nacionalnim organom omogoča, da upoštevajo morebitno

nameravano izogibanje davkom pri prestrukturiranju kapitalskih družb.

gotovinskega plačila v smislu člena 2(d) Direktive 90/434 sodi tudi razdelitev dobička družbe prevzemnice, kot je bila opravljena v obravnavani zadevi. Danska vlada in vlada Združenega kraljestva temu pritrjujeta, medtem ko H. M. Kofoed in Komisija zastopata nasprotno stališče.

42. Za primerno reakcijo na morebitno izogibanje davkom v primeru, kot je zadevni, si je mogoče v okviru Direktive 90/434 v bistvenem zamisliti dve možnosti, obravnavani v nadaljevanju. Prvič se upošteva razmeroma široka razlaga pojma gotovinskega plačila v smislu člena 2(d) Direktive 90/434¹⁹, drugič pa sklicevanje na v členu 11(1)(a) te direktive odprto možnost, da se v posameznem primeru davčna ugodnost v celoti ali deloma odreče ali prekliče²⁰. Izbira prvega postopanja s strani danskega organa se ne nazadnje zdi povezana z okoliščino, da danska zakonodaja do zadevnega trenutka ni poznala posebne določbe za prenos Direktive 90/434.

44. Zakonodajalec Skupnosti pojma gotovinskega plačila ni podrobneje definiral. Njegov pomen in domet je zato treba določiti z upoštevanjem konteksta določbe in ciljev, ki jih zasleduje Direktiva 90/434²¹.

B – Pojem gotovinskega plačila

43. Med strankami postopka pred Sodiščem poteka spor glede tega, ali lahko pod pojem

45. Glede konteksta določbe je najprej treba upoštevati, da predstavlja gotovinsko plačilo in pridobitev deleža, ki zagotavlja večino glasovalnih pravic v prevzeti družbi²², v skladu s členom 2(d) Direktive 90/434, dva dela iste *operacije*. Čeprav s tem gotovinsko plačilo in pridobitev večinskega deleža nista

19 — Glej spodaj navedene točke od 43 do 54.

20 — Glej spodaj navedene točke od 55 do 67.

21 — V tem smislu glej sodbe z dne 7. junija 2005 v zadevi VEMW in drugi (C-17/03, ZOdl., str. I-4983, točka 41); z dne 4. julija 2006 v zadevi Adeneler (C-212/04, ZOdl., str. I-6057, točka 60) in z dne 26. oktobra 2006 v zadevi Komisija proti Španiji (C-36/05, ZOdl., str. I-10313, točka 25).

22 — Zaradi poenostavitve se v nadaljevanju govori samo o (pridobitvi) *večinskega deleža*.

nujno predmet istega *pravnega posla*²³, pa je zveza med njima tesna; gotovinsko plačilo je sestavni del protidajatve, ki jo družba prevzemnica opravi zato, da pridobi večinski delež v prevzeti družbi²⁴.

je potrebna objektivna celotna ocena vseh okoliščin posameznega primera.²⁵

46. Posledično se za gotovinsko plačilo ne more šteti vsaka denarna dajatev, ki jo opravi družba prevzemnica v korist imetnikov deležev prevzete družbe, tudi če bi bila že od začetka načrtovana s strani udeležencev in opravljena v tesni časovni zvezi s pridobitvijo večinskega deleža. Nasprotno, odločilno je, ali ima takšna denarna dajatev tudi značilnost *protidajatve* za pridobitev večinskega deleža in je bila torej *zavezujoče dogovorjena* poleg dejanske protidajatve, ki obstaja v deležih družbe prevzemnice. Za to

47. Tudi pri kasnejši razdelitvi dobička, kot se tu obravnava, je treba torej preveriti, ali obstajajo konkretni indici, ki dopuščajo možnost, da se takšno plačilo še šteje za del zavezujoče dogovorjene protidajatve za pridobitev večinskega deleža. Tovrstni indici lahko izhajajo predvsem iz pisnih sporazumov udeležencev, vendar tudi iz vseh drugih okoliščin posameznega primera. Če pa se nasprotno, kot se zdi, da to predpostavlja predložitveno sodišče v obravnavani zadevi, ne da z dovolj visoko stopnjo gotovosti izkazati, da je kasneje opravljena denarna dajatev še del zavezujoče dogovorjene protidajatve, je treba izhajati iz pravilnosti kvalifikacije, ki so jo postavili sami udeleženci; denarno dajatev, kakršna je sporna v obravnavani zadevi, je torej treba obravnavati kot razdelitev dobička in se je ne sme prekvalificirati v gotovinsko plačilo.

23 — Med različnimi jezikovnimi različicami člena 2(d) Direktive 90/434 se zdi, da le nizozemska uporablja relativno ozek izraz „rechtshandeling“, medtem ko se v češki („operace“), danski („transaktion“), grški („πρόληψη“), angleški („operation“), španski („operación“), estonski („tehing“), finski („liiketoimi“), francoski („opération“), madžarski („művelet“), italijanski („operazione“), litovski („operacija“), latvijski („operācija“), malteški („ħidma“), poljski („operacja“), portugalski („operação“), slovaški („operácia“), slovenski („operacija“) in švedski jezikovni različici („förfarande“) uporabljajo odprte formulacije, ki ustrezajo nemškemu izrazu „Vorgang“.

24 — Od začetka veljavnosti Direktive 2005/19 se lahko gotovinsko plačilo v smislu člena 2(d) Direktive 90/434 opravi tudi kot protidajatev za pridobitev nadaljnjih deležev, s katerimi se razširja že obstoječi nadzor nad prevzeto družbo. Naslednja izvajanja se lahko uporabijo tudi v takšnem primeru.

48. Omejitev pojma gotovinskega plačila na prave protidajatve za pridobitev večinskega deleža potrjuje tudi namen Direktive 90/434. S to direktivo naj bi se namreč davčne

25 — Potreba po celotni oceni vseh okoliščin posameznega primera je poudarjena tudi v sodbi z dne 15. januarja 2002 v zadevi Andersen og Jensen (C-43/00, Recueil, str. I-379, točke 25, 26 in 37), ki se prav tako ukvarja z razlago Direktive 90/434, čeprav v zvezi z njenim členom 2(c) in (i).

omejitve pri čezmejnih prestrukturiranjih podjetij v okviru združitve ali zamenjave deležev odpravile, da bi se prizadetim podjetjem omogočila prilagoditev na zahteve skupnega trga, povečanje njihove produktivnosti in izboljšanje njihove konkurenčne moči.²⁶ Za učinkovito uresničitev tega namena Direktive je odločilnega pomena, da čezmejna prestrukturiranja niso le splošno podvržena skupni davčni ureditvi²⁷, temveč tudi, da je ta ureditev za prizadete imetnike poslovnih deležev predvidljiva.

zapoved pravne varnosti še posebej pri predpisih, ki imajo lahko finančne posledice³⁰; to posebej velja za Direktivo 90/434, katere določbe so odločilne za davčno obravnavanje čezmejnih prestrukturiranj podjetij.

49. Predvidljivost davčnih predpisov, ki se uporabljajo, sicer zahteva tudi načelo pravne varnosti²⁸, ki je temeljno načelo prava Skupnosti in ga morajo upoštevati institucije Skupnosti in države članice pri izvajanju svojih pooblastil na področju uporabe prava Skupnosti²⁹. Po ustaljeni sodni praksi velja

50. Če torej nameravajo zamenjati deleže, mora biti udeležencem omogočeno, da z zadostno gotovostjo predvidijo, kakšne davčne učinke bo imela zanje ta transakcija. Le tedaj lahko sploh premišljeno ocenijo, ali je takšen ukrep zanje ekonomsko smiseln. Davčni učinki pa ne bi bili izračunljivi, če bi obstajala nevarnost, da bi se v davčno oceno zamenjave deležev morala naknadno vključiti še gotovinska plačila, ki bi bila z njo le v tesni časovni zvezi, med udeleženci pa niso bila zavezujoče dogovorjena kot protidajatev za prenos deležev.

26 — Glej prvo in drugo uvodno izjavo Direktive 90/434.

27 — Glej četrto uvodno izjavo Direktive 90/434.

28 — V tem smislu ustaljena sodna praksa, glej sodbe z dne 14. aprila 2005 v zadevi Belgija proti Komisiji (C-110/03, ZOdl., str. I-2801, točka 30); z dne 26. oktobra 2006 v zadevi Koninklijke Coöperatie Cosun (C-248/04, ZOdl., str. I-10211, točka 79) in z dne 21. februarja 2006 v zadevi Halifax in drugi (C-255/02, ZOdl., str. I-1609, točka 72).

29 — Sodbi z dne 26. aprila 2005 v zadevi „Goed Wonen“ (C-376/02, ZOdl., str. I-3445, točka 32) in z dne 14. septembra 2006 v povezanih zadevah Elmeka (od C-181/04 do C-183/04, ZOdl., I-8167, točka 31), podobno sodbi z dne 3. maja 2005 v zadevah Berlusconi in drugi (C-387/02, C-391/02 in C-403/02, ZOdl., str. I-3565, točka 69) in z dne 11. julija 2006 v zadevi Chacón Navas (C-13/05, ZOdl., str. I-6467, točka 56).

51. Prvič bi se morali namreč udeleženci v tem primeru bati, da zamenjava njihovih deležev skupno ne bi mogla uživati davčne

30 — V opombi 28 navedena sodba Koninklijke Coöperatie Consun, točka 79, glej tudi sodbe z dne 15. decembra 1987 v zadevi Niederlande/Kommission (326/85, Recueil, str. 5091, točka 24); z dne 12. februarja 2004 v zadevi Slob (C-236/02, Recueil, str. I-1861, točka 37) in z dne 16. marca 2006 v zadevi Emsland-Stärke (C-94/05, ZOdl., str. I-2619, točka 43).

oprostitve dobička od odsvojitve skladno s členom 8(1) Direktive 90/434. Drugič je treba upoštevati, da je tudi davčno breme za razdelitev dobička, ki se opravi krajši čas po tem, lahko po nacionalni zakonodaji različno veliko, odvisno od tega, ali je razdelitev dobička podvržena davku na dividende ali pa se obravnava kot gotovinsko plačilo in se posledično obdavči skladno z možnostmi, ki jih odpira člen 8(4) Direktive.

53. Podobno je tudi Sodišče v sodbi Leur-Bloem štelo, da velja z Direktivo 90/434 predvidena skupna ureditev obdavčitve ne glede na to, ali so razlogi za zamenjavo deležev finančne, ekonomske ali povsem davčne narave.³² Iz tega sledi, da pri razlagi pojma gotovinskega plačila mogoči nameni za posamezno transakcijo še ne smejo igrati nobene vloge, temveč se skladno s členom 11 Direktive 90/434 lahko upoštevajo šele v okviru zlorabe nadzora v konkretnem primeru.³³

52. Širša razlaga pojma gotovinskega plačila tudi ne more biti utemeljena z namenom Direktive 90/434, da se ščitijo finančni interesi prizadetih držav članic in se jim omogoči preprečevanje utaje ali izogibanja davkom.³¹ Prvič je namreč zakonodajalec Skupnosti prav zato v Direktivo 90/434 vključil posebno določbo, kot to pokaže vpogled v člen 11(1)(a). Drugič bi *splošna razširitev* pojma gotovinskega plačila presegla mejo, potrebno za zaščito finančnih interesov držav članic, kot tudi za preprečevanje utaje in izogibanja davkom, ne da bi se hkrati ogrozilo potrebno predvidljivost skupne davčne ureditve za prizadeta podjetja.

54. Sistemski in teleološki preudarek zato nasprotujeta široki razlagi pojma gotovinskega plačila v smislu člena 2(d) Direktive 90/434 in njegovi omejitvi na prave protidajatve za pridobitev večinskega deleža. Glede na to je mogoče sprejeti ta vmesni sklep:

Denarne dajatve družbe prevzemnice, kot so razdelitve dobička, ki niso zavezujoče dogovorjene kot protidajatve za pridobljeni delež v prevzeti družbi, ki omogoča večino glasovalnih pravic, ne sodijo pod pojem gotovin-

31 — Četrta in deveta uvodna izjava Direktive 90/434.

32 — Sodba z dne 17. julija 1997 v zadevi Leur-Bloem (C-28/95, Recueil, str. I-4161, točka 36).

33 — Da je ocena namenov za zamenjavo deležev pridržana izčrpní presoji konkretnega primera, poudarja sicer tudi v opombi 32 navedena sodba Leur-Bloem, točki 41 in 44.

skega plačila v smislu člena 2(d) Direktive 90/434, tudi če so jih udeleženci načrtovali že od začetka in so bile opravljene v tesni časovni zvezi s pridobitvijo tega deleža.³⁴

in izogibanja davkom.³⁵ Predlagana ozka razlaga pojma gotovinskega plačila³⁶ temu namenu nikakor ne nasprotuje. Nasprotno, z določbo člena 11(1)(a) Direktive 90/434 se prav ta namen uresničuje.

C – Možnosti ukrepanja proti nameravane-mu izogibanju davkom

55. Preveriti je treba še, v kolikšni meri lahko nacionalni organi v primeru, kakršen je obravnavani, ukrepajo proti morebitnemu izogibanju plačila davka, ki ga zasleduje zamenjava deležev.

57. Ta določba končno izraža, kar priznava tudi ustaljena sodna praksa: sklicevanje na pravo Skupnosti, ki je goljufivo ali pomeni zlorabo, ni dovoljeno. Uporaba določbe prava Skupnosti namreč ne sme iti tako daleč, da bi se ščitila praksa imetnikov poslovnih deležev, ki pomeni zlorabo, tj. operacije, do katerih ne pride v okviru normalnih poslov, pač pa so namenjene le, da se z zlorabo užije ugodnosti, ki jih določa pravo Skupnosti.³⁷

56. Kot omenjeno, je namen Direktive 90/434 med drugim tudi v tem, da se zaščitijo finančni interesi držav članic ter se jim omogoči učinkovito preprečevanje utaje

58. Seveda ne more že sama uporaba možnosti, ki jih ponuja pravo Skupnosti, v tem primeru Direktiva 90/434, utemeljiti

34 — Le zaradi popolnosti naj omenim, da velja od začetka veljavnosti Direktive 2005/19 enako tudi za pridobitev nadaljnjih deležev, s katerimi se poveča že obstoječi nadzor družbe prevzemnice nad prevzeto družbo.

35 — Glej zgoraj navedeno točko 52 in opombo 31 teh sklepnih predlogov.

36 — Glej zgoraj navedene točke od 43 do 54.

37 — Sodbe z dne 9. marca 1999 v zadevi Centros (C-212/97, Recueil, str. I-1459, točka 24 z nadaljnjimi navedbami); z dne 6. aprila 2006 v zadevi Agip Petroli (C-456/04, ZOdl., str. I-3395, točka 20) in z dne 12. septembra 2006 v zadevi Cadbury Schweppes (C-196/04, ZOdl., str. I-7995, točka 35) ter v opombi 28 navedena sodba Halifax, točki 68 in 69.

namena zlorabe.³⁸ Skladno s členom 11(1)(a) Direktive 90/434 pa je državam članicam prepuščeno, da v celoti ali deloma odrečejo oziroma prekličejo davčne ugodnosti v zvezi z zamenjavo deležev, predvidene s to direktivo, če je glavni namen ali eden od glavnih namenov takšne transakcije utaja ali izogibanje davkom.

smislu Direktive⁴⁰. Kljub temu lahko tudi tesna časovna zveza med razdelitvijo dobička in opravljenega zamenjavo deležev kaže na mogočo zlorabo možnosti, ki jih ponuja Direktiva 90/434. Enako velja za okoliščino, da so udeleženci ravnali z zavestjo o skorajšnji spremembi dansko-irske konvencije o izogibanju dvojnega obdavčevanja.

59. Kot primer obstoja takšnega motiva drugi stavek člena 11(1)(a) Direktive 90/434 navaja pomanjkanje razumnih ekonomskih razlogov za konkretno transakcijo. V primeru, kot je obravnavani in v katerem po ugotovitvah dejanskega stanja predložitvenega sodišča za zamenjavo deležev ni obstajal konkreten poslovni razlog, temveč je bil nasprotno namen v prihranku davkov³⁹, zato vsekakor pride v poštev odrek davčne oprostitve, predvidene v členu 8(1) Direktive 90/434. Zamenjava deležev, s katero se zasledujejo le davčne ugodnosti, namreč ne služi razumnemu poslovnemu namenu v

60. Ali je v konkretnem primeru upravičeno, da se v celoti ali deloma odrečejo oziroma prekličejo davčne ugodnosti pri zamenjavi deležev, ki jih predvideva Direktiva 90/434, je odvisno od celotne presoje vseh okoliščin posameznega primera, ki zavezuje pristojne nacionalne organe in mora biti sodno preverljiva.⁴¹

61. Obravnavani primer zaznamuje posebnost, da dansko pravo v relevantnem obdobju ni poznalo posebnih določb za prenos člena 11(1)(a) Direktive 90/434. Posebej H. M. Kofoed zato meni, da so mu bile davčne ugodnosti Direktive 90/434 neupravičeno odrečene.

38 — Enako, sklicujoč se pri tem na svobodo ustanavljanja (člen 43 ES), v opombi 37 navedeni sodbi Centros, točka 27, in Cadbury Schweppes, točke od 36 do 38.

39 — Udeleženca sta se očitno zavedala, da se pripravljata uveljavitev novega, zanj manj ugodne dansko-irske konvencije o izogibanju dvojnega obdavčevanja, tako da je takrat zanj obstajala spodbuda, da z zamenjavo deležev z razdelitvijo dobička s strani irske družbe prihrani davke (glej točki 29 in 30 teh sklepnih predlogov).

40 — V opombi 32 navedena sodba Leur-Bloem, točka 47.

41 — V opombi 32 navedena sodba Leur-Bloem, točka 41.

62. Vsekakor formalen prevzem določb direktiv v posebne določbe nacionalne zakonodaje ni vedno potreben; nasprotno, prenosu direktive lahko, glede na njeno vsebino, zadošča že splošen pravni kontekst, vključno s splošnimi načeli nacionalnega ustavnega ali upravnega prava, če se s tem na dovolj jasen in določen način zagotovi popolna uporaba direktive.⁴²

63. Predložitveno sodišče bo zato moralo presoditi, ali v zadevi ni mogoče uporabiti tudi splošnih določb ali načel nacionalne zakonodaje, iz katerih bi lahko izhajala ali davčna neupoštevnost navideznih poslov ali prepoved sklicevanja na določene davčne ugodnosti, ki pomeni zlorabo prava; prav tako je še vedno mogoča uporaba splošnih določb nacionalne zakonodaje o utaji ali izogibanju davkom.⁴³ Na ustni obravnavi pred Sodiščem si zastopnika H. M. Kofoeda in danske vlade nista bila enotna v tem, katere možnosti dansko pravo v tem pogledu ponuja.

64. Seveda je bilo treba vse te določbe – ne glede na to, ali so bile namenjene prenosu

Direktive 90/434 ali ne – vedno razlagati in uporabljati v skladu s pravom Skupnosti, še posebej z besedilom in nameni Direktive 90/434 in člena 11(1)(a) te direktive.⁴⁴

65. Dejstvo, da gre lahko razlaga nacionalnega prava, ki je skladna s pravom Skupnosti, v breme posameznika, ne nasprotuje taki razlagi. Uporaba prava Skupnosti, do katere pride z določbami nacionalne zakonodaje, tj. *posredna* uporaba prava Skupnosti v breme posameznika, je namreč dopustna.⁴⁵

66. Danskim organom bi bila prepovedana samo *neposredna* uporaba člena 11(1)(a) Direktive 90/434 v breme H. M. Kofoeda in N. Tofta. Država članica ne more posameznika bremeniti z določbo direktive, ki je ni

42 — V tem smislu ustaljena sodna praksa, glej na primer sodbi z dne 16. junija 2005 v zadevi Komisija proti Italiji (C-456/03, ZOdl., str. I-5335, točka 51) in z dne 6. aprila 2006 v zadevi Komisija proti Avstriji (C-428/04, ZOdl., str. I-3325, točka 99).

43 — Smiselno enako tudi sodba z dne 19. januarja 1982 v zadevi Becker (8/81, Recueil, str. 53, točka 34).

44 — Glede dolžnosti nacionalnih sodišč, da nacionalno zakonodajo razlagajo v skladu z direktivami, glej ustaljeno sodno prakso, posebej pa sodbe z dne 10. aprila 1984 v zadevi Von Colson und Kamann (C-14/83, Recueil, str. 1891, točka 26) in z dne 5. oktobra 2004 v povezanih zadevah Pfeiffer in drugi (od C-397/01 do C-403/01, ZOdl., str. I-8835, točke od 113 do 119, z nadaljnjimi navedbami) ter v opombi 21 navedena sodba Adeneler, točke 108, 109 in 111.

45 — Kot je znano, velja dolžnost takšne razlage nacionalne zakonodaje, ki je skladna s pravom Skupnosti, tudi za pravna razmerja, v katerih je nujno posredno obremenjen posameznik: to so po eni strani horizontalna pravna razmerja, tj. takšna med zasebniki (glej sodbi z dne 13. novembra 1990 v zadevi Marleasing, C-106/89, Recueil, str. I-4135, točki 6 in 8, in z dne 14. julija 1994 v zadevi Faccini Dori, C-91/92, Recueil, str. I-3325, točke 20, 25 in 26), po drugi strani pa tako imenovana tristranska pravna razmerja (glej sodba z dne 7. januarja 2004 v zadevi Wells, C-201/02, Recueil, str. I-723, točka 57 z nadaljnjimi navedbami). V istem smislu tudi moji sklepni predlogi z dne 14. oktobra 2004 v povezanih zadevah Berlusconi in drugi (C-387/02, C-391/02 in C-403/02, ZOdl., str. I-3565, točka 153).

prenesla v svojo zakonodajo.⁴⁶ Skladno z ustaljeno sodno prakso namreč direktiva ne more *sama* utemeljiti obveznosti za posameznika, tako da zoper njega sklicevanje na direktivo *kot takšno* ni mogoče.⁴⁷

prestrukturiranju kapitalskih družb⁴⁹, ki jo zasleduje. Sicer pa bi bila na ta način spodbopana tudi pravkar omenjena prepoved neposredne uporabe neprenesenih direktiv v breme posameznika⁵⁰.

68. V povzetku torej velja:

67. Pristojni organi se sicer zoper posameznika prav tako ne bi smeli *neposredno* opreti na obstoječe splošno načelo prava Skupnosti, po katerem zloraba prava ni dopustna. V primerih, ki sodijo na področje uporabe Direktive 90/434, je namreč to načelo v členu 11(1)(a) Direktive posebej izraženo in konkretizirano.⁴⁸ Če bi bila poleg tega dopustna še neposredna uporaba splošnega načela, katerega vsebina je dosti manj jasna in določena, bi obstajala nevarnost, da bo spodbopan uskladiuteni namen Direktive 90/434 in ogrožena pravna varnost pri

Za odrek ali preklic uporabe naslova II Direktive 90/434 v konkretnem posamičnem primeru, v celoti ali deloma, ni nujno potrebna posebna določba za prenos člena 11(1)(a) Direktive 90/434. Nasprotno, za to je mogoča tudi uporaba splošnih določb nacionalnega prava, vključno s splošnimi načeli nacionalnega ustavnega ali upravnega prava, če se te razlagajo in uporabljajo v skladu s pravom Skupnosti, predvsem z besedilom in s cilji Direktive 90/434 ter člena 11(1)(a). Neposredna uporaba člena 11(1)(a) Direktive 90/434 v breme posameznika pa nasprotno prav tako ni dopustna kot neposredna uporaba splošne prepovedi prava Skupnosti, prepovedi zlorabe prava.

46 — Sodbe z dne 19. novembra 1991 v povezanih zadevah Francovich in drugi (C-6/90 in C-9/90, Recueil, str. I-5357, točka 21); z dne 26. septembra 1996 v zadevi Arcaro (C-168/95, Recueil, str. I-4705, točka 42); z dne 29. aprila 2004 v zadevi Beuttenmüller (C-102/02, Recueil, str. I-5405, točka 63) in z dne 30. marca 2006 v zadevi Uudenkaupungin kaupunki (C-184/04, ZOdl., str. I-3039, točka 28).

47 — Glej predvsem v opombi 44 navedeno sodbo Pfeiffer, točka 108 in nadaljnje navedbe, ter v opombi 29 navedeno sodbo Berlusconi, točka 73; poudarila generalna pravobranilka.

48 — Tudi sicer je treba nacionalne ukrepe na področju, ki je na ravni Skupnosti *dokončno* usklajeno, presojati na podlagi določb tega uskladiutvenega ukrepa, ne pa primarne zakonodaje (sodbi z dne 13. decembra 2001 v zadevi DaimlerChrysler, C-324/99, Recueil, str. I-9897, točka 32, in z dne 14. decembra 2004 v zadevi Swedish Match, C-210/03, ZOdl., str. I-11893, točka 81). Seveda vedno ostane možnost, da se zakonitost sekundarne zakonodaje presodi glede na nadrejeno primarno zakonodajo v okviru člena 220 in naslednjih PES.

49 — O tem glej predvsem točke od 48 do 51 teh sklepnih predlogov.

50 — Sodba z dne 22. novembra 2005 v zadevi Mangold (C-144/04, ZOdl., str. I-9981, točke od 74 do 77) o tem ni jasna.

VI – Predlog

69. Glede na navedeno Sodišču predlagam, naj Østre Landsret odgovori tako:

1. Denarne dajatve družbe prevzemnice, kot na primer razdelitve dobička, ki niso bile zavezujoče dogovorjene kot protidajatve za pridobljeni delež v prevzeti družbi, ki omogoča večino glasovalnih pravic, ne sodijo pod pojem gotovinskega plačila v smislu člena 2(d) Direktive 90/434, tudi če so jih udeleženci načrtovali že od začetka in so bile opravljene v tesni časovni zvezi s pridobitvijo tega deleža.
2. Za odrek ali preklic uporabe naslova II Direktive 90/434 v konkretnem posamičnem primeru, v celoti ali deloma, ni nujno potrebna posebna določba za prenos člena 11(1)(a) Direktive 90/434. Nasprotno, za to je mogoča tudi uporaba splošnih določb nacionalnega prava, vključno s splošnimi načeli nacionalnega ustavnega ali upravnega prava, če se te razlagajo in uporabljajo v skladu s pravom Skupnosti, zlasti z besedilom in s cilji Direktive 90/434 ter člena 11(1)(a). Neposredna uporaba člena 11(1)(a) Direktive 90/434 v breme posameznika pa nasprotno prav tako ni dopustna kot neposredna uporaba splošne prepovedi prava Skupnosti, prepovedi zlorabe prava.